

La Responsabilité Civile des Administrateurs de Sociétés Anonymes après la loi du 16 Novembre 1940

THESE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le 18 Janvier 1943, à 14 heures

PAR

Charles GOUGET

JURY DE LA THÈSE :

Président : M. AMIAUD, Professeur

Suffragants : MM. HAMEL, Professeur

H. MAZEAUD Professeur

PARIS

MAURICE LAVERGNE, IMPRIMEUR

289, RUE SAINT-JACQUES, 289

1943

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

Nom du Candidat: **GOUGET.**

Prénom: Charles.

Date de la soutenance:

Numéro d'ordre:

(Ces deux mentions seront complétées par le service de la Bibliothèque)

GOUGET (Charles). — La responsabilité civile des administrateurs de sociétés anonymes après la loi du 16 novembre 1940. — Paris, impr. Lavergne, 1943, in-8°, 208 p.

(Thèse de Droit, Paris, 1943,
N°).

GOUGET (Charles). — La responsabilité civile des administrateurs de sociétés anonymes après la loi du 16 novembre 1940. — Paris, impr. Lavergne, 1943, in-8°, 208 p.

(Thèse de Droit, Paris, 1943,
N°).

GOUGET (Charles). — La responsabilité civile des administrateurs de sociétés anonymes après la loi du 16 novembre 1940. — Paris, impr. Lavergne, 1943, in-8°, 208 p.

(Thèse de Droit, Paris, 1943,
N°).

GOUGET (Charles). — La responsabilité civile des administrateurs de sociétés anonymes après la loi du 16 novembre 1940. — Paris, impr. Lavergne, 1943, in-8°, 208 p.

(Thèse de Droit, Paris, 1943,
N°).

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

La Responsabilité Civile des Administrateurs de Sociétés Anonymes a près la loi du 16 Novembre 1940

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le 18 Janvier 1943, à 14 heures

PAR

Charles GOUGET

JURY DE LA THÈSE :

Président : M. AMIAUD, Professeur

Suffragants : MM. HAMEL, Professeur
H. MAZEAUD Professeur

PARIS

MAURICE LAVERGNE, IMPRIMEUR
289, RUE SAINT-JACQUES, 289

1943

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.



Depuis fort longtemps, l'administration des sociétés anonymes préoccupe le législateur. L'opinion publique s'est émue, à maintes reprises, de scandales financiers retentissants dont les échos vibrent encore dans toutes les mémoires. Instrument incomparable d'essor économique par l'accumulation des capitaux et la dispersion des risques favorisant l'esprit d'entreprise et même les conceptions les plus aventureuses de l'esprit humain (n'oublions pas que des œuvres gigantesques comme le percement de l'isthme de Suez et la réalisation du Canal de Panama se seraient avérées impossibles sans elle), la société anonyme, si elle s'est révélée, en se conjuguant avec le progrès scientifique, le facteur essentiel du prodigieux développement industriel et commercial du *xix^e* siècle, s'est montrée aussi, comme rançon de sa contribution à cet épanouissement sans égal dans le cours des âges, une source d'exploitation éhontée de l'épargne la plus humble, partant la plus digne d'intérêt ; sous le masque commode de l'anonymat, des aigrefins pouvaient, à loisir, rançonner les petites gens, circonvenus par des démarcheurs astucieux, par des prospectus alléchants vantant les mérites imaginaires d'entreprises chimériques. Sans même prendre comme exemples ces dépravations de l'anonymat, ces mises en scène, ces manœuvres artificieuses, ces escroqueries, enfin, combien n'a-t-on pas vu d'entreprises saines, judicieusement montées, que des inexpériences tech-

niques, commerciales ou financières ont acculées à la ruine ?

Les pouvoirs publics ne sont pas restés passifs ; ils ne pouvaient rester sourds à la réprobation qui frappait, d'une part, les dirigeants malhonnêtes de sociétés véreuses, d'autre part, les administrateurs inhabiles à manier l'instrument économique dont de trop confiants actionnaires leur avaient confié la gestion, trop souvent, en considération de titres nobiliaires, de hautes charges publiques antérieurement assumées, de situations mondaines ou de conditions sociales appréciées, mais totalement étrangères aux affaires.

Il fallait éliminer impitoyablement les mauvais bergers, les mettre dans l'incapacité de nuire, mais aussi, tâche infiniment plus ardue, parce que plus délicate, modifier l'institution ; s'il est relativement aisé d'interdire aux gens ne présentant pas les garanties morales nécessaires de se proposer, voire même de s'imposer, directement ou par personnes interposées, comme mandataires d'actionnaires pour accaparer les gestions des collectivités de capitaux, il est, par contre difficile, même en s'aidant de l'expérimentation, d'apporter des retouches à un système éprouvé qui, dans la plupart des cas, a donné des résultats excellents ; il faut apporter à cette tâche beaucoup d'impartialité, écarter délibérément tout esprit de parti, toute opinion préconçue, faire litière de toute préoccupation fiscale, s'inspirer de principes certains et simples, facilement adaptables, clairement pensés et exprimés sans ambiguïté.

Dans cet ordre d'idées il apparaît qu'un des vices les plus visibles de l'institution consistait à considérer les administrateurs comme de simples mandataires dont la responsabilité, diluée par suite du

nombre des membres du Conseil, se révélait pratiquement, dans de nombreux cas, comme dépourvue de sanctions effectives, si bien que, nantis d'une faible mise de fonds, un petit nombre de privilégiés, en de nombreuses hypothèses, gérant une masse considérable de capitaux (et nous évitons de parler de ces cascades de sociétés mères et filiales, toutes, en fait, administrées par le même personnel) ; une réforme s'imposait d'autant plus que, dans les sociétés importantes, le conseil d'administration, pour réaliser l'union de nombreux intérêts et favoriser les relations d'affaires, devait se composer de nombreux membres (il n'était pas rare de trouver des organes de gestion de plus de douze membres) ; devant l'impossibilité et, il faut bien le dire, l'inutilité de réunir fréquemment une telle assemblée, l'usage s'était introduit, si les statuts autorisaient cette mesure, de désigner parmi les administrateurs des comités de direction aux pouvoirs variables, investis, le plus souvent par délégation, de larges prérogatives, et qui statuaient sur les opérations courantes ; l'éparpillement de l'autorité ne s'arrêtait pas là et pour pallier à la difficulté, pour ces comités, d'être constamment présents, il était institué des administrateurs délégués pour pourvoir à la gestion quotidienne. Dans les sociétés moins importantes le comité de direction n'avait pas acquis droit de cité mais normalement le ou les administrateurs-délégués existaient avec des attributions étendues.

Or, ce système perfectionné où le Comité de direction et les administrateurs-délégués accomplissaient leurs missions par délégation et sous la responsabilité du conseil entier, s'éloignait des prévisions de la loi fondamentale des sociétés anonymes, du 24 Juillet 1867, qui n'avait même pas prévu

l'organisation de conseils d'administration ; à plus forte raison, la présidence de ceux-ci n'avait pas été envisagée, cette fonction étant une création, et des plus utiles, de la pratique.

Les rédacteurs de la loi de 1867 avaient considéré que la société anonyme serait administrée comme la société civile, par un ou plusieurs mandataires, sans prééminence de l'un sur l'autre, sans délégations ou alors avec substitutions accidentelles de pouvoirs. La collégiabilité des dirigeants avec délégations permanentes, subdélégations étendues, subordination hiérarchique, aboutissait à la création de petits parlements avec présidents, vice-présidents, membres honoraires, délégués et subdélégués ayant eux-mêmes, souvent, la possibilité de se faire suppléer, pour des opérations déterminées, par des mandataires ou des employés.

Que devenait alors la responsabilité des administrateurs ? Sans pousser le tableau au noir et en admettant la bonne foi la plus absolue des titulaires des fauteuils d'administrateurs, cet éparpillement de pouvoirs conduisait corrélativement et invinciblement à l'irresponsabilité, presque complète, du membre fautif, par l'incrimination obligatoire de tous les dirigeants entre lesquels il était le plus souvent impossible d'effectuer un départagement ; de toute façon, de graves complications naissaient, les intéressés se rejetant le fardeau d'initiatives malencontreuses ou blâmables. Si nous y ajoutons le népotisme qui sévissait dans certains milieux d'affaires, l'accaparement par certains hommes ou par certaines familles de fort nombreux postes d'administrateurs à la faveur de fusions ou d'opportunes créations de filiales, et ce, dans les affaires les plus diverses par leurs objets, exigeant, par suite, des compétences si différentes qu'il était impossible

de les voir réunies dans le même homme, nous obtenons un ensemble de considérations qui militaient en faveur d'un remaniement législatif, en faisant abstraction de toutes vues sociales et politiques.

Comment devait réagir contre ces abus, montés, d'ailleurs, en épingles, par certains partis politiques plus soucieux de provoquer le désordre et d'exciter le mécontentement de leur clientèle électorale pour des fins partisanes, que d'apporter des améliorations à la situation, le législateur contemporain ? Il se préoccupa, à juste titre, d'éliminer de la gestion des sociétés en général et des sociétés anonymes, en particulier, tous les indésirables et de sanctionner pénalement les manquements les plus graves dans le comportement des administrateurs ; des décrets de 1935 remplirent ce but ; pour le reste, il oscilla entre deux tendances contradictoires : tantôt se rendant compte que les systèmes compliqués de nullités et de responsabilités, en matière de constitutions et de publications de sociétés allaient, par leur manque de souplesse et leur sévérité, à l'encontre de leur objectif, il a tenté, assez maladroitement, d'ailleurs, d'unifier le régime, tout au moins en ce qui concerne ces deux points, et d'abréger le délai de prescription ; tantôt son attention ayant été attirée sur des scandales exceptionnels par leur gravité mais aussi par leur rareté, il fit œuvre de politicien plutôt que de juriste et généralisant aussitôt des cas isolés, prit, contre les dirigeants de sociétés, des mesures draconiennes.

Il ne servirait à rien de s'insurger contre un état d'esprit partial, mais notre remarque n'est pas inutile, peut-être, pour expliquer des alternances de rigueur et de douceur. Veut-on des exemples ? Le 8 Août 1935, un premier décret aggrave la responsabilité des administrateurs, restreint le choix et

étend les attributions des commissaires ; un second décret, de même date, porte application, aux gérants et administrateurs de sociétés, de la législation de la faillite et de la banqueroute, et institue l'interdiction et la déchéance du droit de gérer et administrer une société. Trois mois après, le 30 Octobre, autre décret (le gouvernement, contrairement à ce qu'on pourrait penser, n'a pas changé), celui-là tout empreint de mansuétude et de juste compréhension des nécessités : il statue sur les nullités constitutives de sociétés par actions et sur les nullités pour défaut de publicité qu'il rapproche, insuffisamment, à notre gré, et pour lesquelles il établit un régime presque commun et une abréviation de délai de prescription tant pour la nullité que pour la responsabilité en découlant ; puis, c'est un retour offensif de l'esprit du parti : le 31 Août 1937, nouveau décret : les clauses d'avis et clauses prohibitives, relativement aux actions sociales, sont nulles et non avenues (c'est l'intention du texte mais non sa lettre par le contexte) ; aucun quitus ne peut avoir pour effet d'éteindre une action en responsabilité contre les administrateurs, pour fautes commises dans l'accomplissement de leurs mandats ; il apporte, toutefois, dans la substitution de prescriptions de 3 et 10 ans et même d'une forclusion annuelle (sous certaines conditions) remplaçant la prescription de droit commun de trente ans (quand les prescriptions pénales n'étaient pas applicables) aux demandes de certains intéressés, un palliatif appréciable mais insuffisant à ces modifications irréfléchies et dangereuses.

De longs mois vont s'écouler, la troisième république disparaîtra dans une catastrophe sans précédent et le nouveau régime, comme les législateurs antérieurs, avec bonne volonté mais avec autant de

légèreté et d'incompétence que ses devanciers, s'attaque au problème de la gestion des sociétés anonymes. Un texte, la loi du 18 Septembre 1940, élaboré à la hâte, par des inspecteurs des finances, puis remplacé, deux mois après, par un autre, la loi du 16 Novembre 1940, œuvre des mêmes hommes qui n'avaient plus alors les mêmes excuses d'ignorance qu'auparavant, les graves lacunes de leur rédaction primitive leur ayant été signalées sans qu'ils aient jugé à propos d'y porter remède, tend à établir un nouveau régime d'administration de ces collectivités. La loi en vigueur n'abroge aucune des dispositions de la charte des sociétés par actions du 24 Juillet 1867 (elle n'abroge même pas sa devancière qui n'a jamais été appliquée) ; bien qu'elle ait provoqué de nombreuses critiques, pour ses lacunes, ses imprécisions, ses impropriétés de termes même, sa tendance est certaine : le nouveau statut de la gestion des sociétés anonymes veut, à l'imitation de certaines législations étrangères, la concentration de tous les pouvoirs de direction entre les mains d'un chef responsable, le président du conseil d'administration, permettant, par ailleurs, *au dirigeant qui ne cesse pas d'être responsable*, de se faire suppléer, sous certaines conditions ; mais si l'unité de la direction, malheureusement sans continuité prévue, fort souhaitable mais avec certaines réserves, est acquise, il n'en reste pas moins que la gestion sociale est, comme par le passé, confiée au conseil d'administration qui n'a pas seulement des attributions de contrôle et de surveillance, comme dans certains pays étrangers, mais agit effectivement et d'autant plus efficacement que c'est lui qui dispense ses pouvoirs à son président, autocrate relatif, et mesure ses prérogatives.

Les principes régissant la responsabilité civile

des administrateurs ont-ils été modifiés sous ce nouveau régime, et dans quel sens ? Tel sera le but de notre étude. Pour examiner utilement ces normes et en tirer les conclusions qui s'imposent, il importe de se faire une idée suffisamment exacte de la manière dont, dorénavant, les sociétés anonymes seront gérées. Notre premier chapitre passera donc rapidement en revue le conseil d'administration, la délégation obligatoire de pouvoirs au président du conseil d'administration, et la direction générale, les pouvoirs et attributions du conseil et du Président-directeur général, les obligations légales des administrateurs, les comités, les délégués et les employés de la Société. Dans un second chapitre, nous aborderons la responsabilité civile des administrateurs, par l'étude de ses causes ; un troisième chapitre sera consacré aux caractères et à l'étendue de cette responsabilité ; un quatrième chapitre examinera l'exercice de l'action en responsabilité par la société, les actionnaires et les tiers. Dans notre conclusion, nous nous permettrons de formuler certaines critiques et vœux de réformes après avoir constaté, qu'en droit, les normes régissant la responsabilité civile des administrateurs n'avaient subi aucune modification, après la loi du 16 Novembre 1940, quelque choquant que ce résultat puisse paraître, en raison de la prééminence du président dans le conseil.

CHAPITRE PREMIER

ORGANISATION DE LA GESTION

LE CONSEIL D'ADMINISTRATION. — Aux termes de l'article 22, parag. 1, de la loi du 24 Juillet 1867 : « Les sociétés anonymes sont administrées par un ou plusieurs mandataires à temps, révocables, salariés ou gratuits, pris parmi les associés ». Ce texte est toujours en vigueur sous cette restriction, incluse dans l'article 1^{er} de la loi du 16 Novembre 1940, que le nombre des administrateurs est fixé quant à son maximum et quant à son minimum. Par ailleurs, supprimant l'administrateur unique dans le but d'assurer, sans doute, plus ample garantie aux actionnaires et aux tiers, la nouvelle loi consacre, pour l'avenir, l'existence officielle du conseil qui, entité juridique sans personnalité morale, n'était qu'une création de la pratique ; le conseil d'administration composé de trois membres au moins et de douze au plus devient l'organisme de droit commun de gestion des sociétés anonymes françaises et l'on ne saurait assez insister sur ce texte : « la société anonyme est administrée... » C'est toujours le conseil qui administre, son rôle n'est pas diminué ni ses attributions restreintes ; il n'est, notamment, pas réduit à faire office de conseil de surveillance.

Notre étude n'ayant pas pour objet le conseil d'administration en lui-même, nous ne nous préoc-

cuperons pas des règles, inchangées par la nouvelle législation, concernant les formes de nomination, la réélection, la durée des fonctions, la révocabilité et la démission des administrateurs ainsi que la capacité requise de ceux-ci ; il suffira de dire, touchant les conditions d'éligibilité, que, comme par le passé, les administrateurs doivent être obligatoirement pris parmi les associés, sous la sanction de la nullité (il suffit, d'ailleurs, d'acquérir, non au moment de l'élection, sauf lorsqu'il s'agit de la constitution de la société, mais avant l'entrée en fonctions, le nombre d'actions de garantie statutairement fixé). Les solutions anciennes subsistent qui laissent aux statuts la prérogative d'exclure de l'administration certaines catégories d'associés ou, au contraire, de répartir les nombres de postes de dirigeants, entre ces catégories, dans des proportions déterminées ou permettent la présentation, par certains actionnaires ou même par des tiers, de candidats aux fauteuils vacants, en vue de leur nomination, si le pouvoir souverain de nomination et de révocation continue à appartenir, sans partage et sans restrictions, à l'assemblée générale. Bien entendu, quelque soit le nombre de ses actions, un actionnaire ne peut, sauf exceptions légales comme celle résultant de l'art. 78 de la loi de 1867, sur les sociétés anonymes à participation ouvrière ou celle de l'art. 17 du décret du 28 Déc. 1926 permettant à une commune d'exercer plusieurs mandats au conseil de la société exploitant un service communal dont elle fait partie, cumuler plusieurs sièges au même conseil d'administration.

Les incompatibilités avec l'exercice des fonctions d'administrateurs sont nombreuses et de nature diverse, la plupart, d'ailleurs, comme pour les militaires et fonctionnaires de l'armée active, les

notaires, parlementaires, avocats ou agents de change, sanctionnées par des peines disciplinaires sans nullités d'ordre civil ; ce n'est que, par exception (loi du 29 Juin 1930, décret du 8 Août 1935 sur la protection de l'épargne), que les incompatibilités sont frappées de sanctions pénales mais sans aucune suite entraînant, en principe, la responsabilité civile du ou des intéressés.

Il en est autrement de l'incompatibilité visée à l'art. 3 de la loi du 16 Novembre 1940 ; d'après cette disposition : « Nul ne peut faire partie de plus de huit conseils d'administration de sociétés ayant leur siège en France. Ce nombre est réduit à deux pour les personnes âgées de plus de 70 ans. »

D'une part, pour éviter un fractionnement de responsabilité qui rendrait par trop précaires les recours contre les membres des conseils, d'autre part, pour empêcher la constitution, semble-t-il, d'une féodalité financière, par la concentration entre les mains d'un petit nombre de tous les pouvoirs sur les branches principales de l'économie nationale, enfin, pour rendre difficile, au profit d'une même personne, la création de véritables prébendes, ce texte, sous une forme un peu nébuleuse, quant à la portée de l'interdiction, s'oppose à la réunion de nombreux portefeuilles sur les mêmes têtes ; la limitation ne s'applique, d'ailleurs, pas aux sociétés ayant leur siège à l'étranger, si bien qu'une même personne peut occuper, si elle n'est pas septuagénaire, outre huit sièges de sociétés anonymes françaises, un nombre indéterminé de fauteuils de sociétés étrangères ; outre cette exception, le texte lui-même prévoit que compte seulement pour un seul mandat, le cumul de plusieurs sièges dans les compagnies d'assurances à plusieurs branches, ayant la même dénomination (la loi, par une inexac-

titude de terminologie, parle de « raison sociale ») ; de plus, il n'est pas interdit d'exercer plusieurs mandats, d'après le dernier alinéa de l'art. 4 de la loi du 16 Novembre 1940, dans les sociétés « dont les biens mis en commun ne sont pas destinés à produire des bénéfices, aux administrateurs de sociétés dont le mandat, en vertu des dispositions légales ou réglementaires, est exclusif de toute rémunération, aux administrateurs de sociétés d'études ou de recherches tant que ces dernières ne passent pas au stade d'exploitation ».

Cette disposition est l'une des plus obscures de la loi ; un juriste tenant compte des impropriétés de termes coutumières chez les législateurs contemporains peut, certes, comprendre, à la rigueur, que le cumul soit permis pour des mandats conférés dans un intérêt public et ne produisant aucun tantième ou jeton de présence au profit des administrateurs ainsi que dans les sociétés d'études et de recherches qui ne peuvent allouer d'importants émoluments à leurs dirigeants, mais il est impossible, même en se mettant l'esprit à la torture, de concevoir de sociétés dont le but soit désintéressé, car ces phénomènes juridiques ne pourraient justement pas être des sociétés dont le but est la recherche de profits ; il paraît, cependant, d'après certains commentateurs éminents, que ces organismes mal définis peuvent être identifiés, renseignements pris, non pas avec des associations ou des groupements à caractère altruiste, mais avec des sociétés coopératives et mutualistes.

D'un autre côté, la loi nouvelle a ajouté à cette incompatibilité sanctionnée, sans nul doute, par une nullité automatique, une autre incompatibilité assez curieuse : aucun administrateur autre que le président du conseil d'administration ne peut être

investi de fonctions de direction dans la société (loi du 16 Novembre 1940, art. 2, paragr. 2) ; nous retrouverons cette disposition plus tard en étudiant les comités, les délégués et les employés de la Société.

LA PRÉSIDENTE DU CONSEIL D'ADMINISTRATION ET LA DIRECTION GÉNÉRALE. — L'art. 2 de la loi du 16 Novembre 1940 est sans nul doute le plus important, le plus constructif de la loi, car il fixe des règles rigoureusement impératives qui bouleversent l'organisation des sociétés anonymes. Ni le code de commerce, ni la loi de 1867 n'avaient, et pour cause, fait mention du président du conseil d'administration, puisque ces textes supposaient une co-gestion par les administrateurs sans prééminence, même honorifique, d'un membre sur les autres et avec possibilité de délégations que l'on souhaitait temporaires mais, en tout cas, toujours limitées dans leur étendue. Là aussi, la pratique intervint et, ayant créé l'organe collectif de délibération de la société, suscita tout naturellement la présidence du conseil d'administration ; la nouvelle loi consacre cette habitude et impose même, catégoriquement, un président à chaque conseil, avec des attributions inconnues jusqu'à ce jour.

Dans la plupart des cas et sauf lorsqu'il cumulait, fait assez rare, ses fonctions avec celles d'administrateur-délégué (ce qui n'était possible que dans les sociétés peu importantes), le Président du Conseil était dépourvu de tout rôle actif ; il se bornait à convoquer le conseil, à présider ses séances, à en signer les procès-verbaux, à assumer également la présidence et la direction des débats des assemblées générales ; c'était surtout d'ascendant

moral qu'il avait à user et il faut bien reconnaître que son autorité s'imposait d'autant plus qu'il était complètement étranger à la gestion elle-même, ce qui lui laissait toute indépendance pour départager des collègues en désaccord et apaiser les conflits qui pouvaient naître au sein du conseil ; ce rôle d'arbitre officieux ne lui sera plus désormais imparti : le président du conseil d'administration, par le seul fait de l'acceptation de ses fonctions (comme par le passé, il peut être désigné, suivant les exigences statutaires, soit par l'assemblée générale des actionnaires soit, ce, qui est plus naturel, par le conseil), ne voit pas ses attributions limitées à la présidence effective du collège des administrateurs, il devient le rouage primordial de la gestion, chargé de l'administration courante des affaires sociales. Il lui est, certes, laissé la possibilité de se faire remplacer comme directeur général mais, cependant, la présidence et la direction générale sont intimement et indissolublement liées à tel point que le directeur général remplaçant le président doit cesser ses fonctions si le président, pour une cause quelconque, doit mettre un terme aux siennes (il s'agit évidemment d'une expiration complète et non d'une interruption temporaire).

Il faut noter que le conseil est responsable de son président, exerçant ou non les fonctions de directeur général, même s'il est nommé par l'assemblée générale des actionnaires, cas, à vrai dire, très exceptionnel, mais qui peut se présenter en pratique, les membres du conseil étant, en principe au moins, collectivement solidaires du contrôle et de la surveillance de la gestion exercée par le président.

Les incompatibilités frappant le président sont, en règle générale, les mêmes que celles frappant les

administrateurs, mais, à la différence de ces derniers, le président doit, sauf exception, exercer les fonctions de directeur général, alors que les administrateurs ne peuvent être employés par la société comme directeurs, tout au moins ; de plus, le nombre des mandats des présidents est limité à deux (art. 3 de la loi du 16-11-1940) ; il s'agit là, bien entendu, de présidences de sociétés anonymes et non de présidences de collectivités d'autre nature telles que les sociétés civiles, ni de gérances de sociétés à responsabilité limitée ; l'interdiction de cumul de deux mandats concorde absolument avec les incompatibilités frappant les administrateurs à qui il est interdit, s'ils sont âgés de moins de 70 ans, d'accepter plus de huit mandats de membres de conseils d'administration de sociétés anonymes.

Il faut noter, d'ailleurs, qu'il apparaît, du texte légal, que l'interdiction de cumul ne vise pas la direction générale en elle-même, mais la présidence seulement ; on se perd en conjectures sur la raison de cette limitation, à moins qu'elle n'ait pour but d'assurer une meilleure garantie de la société et des tiers pour les faits de charge. Au surplus, ce que nous avons dit ci-dessus relativement aux mandats exercés dans les sociétés étrangères ou dans les sociétés d'assurances exploitant plusieurs branches, sous la même dénomination, ou dans les sociétés d'intérêt public ou à caractère coopératif ou mutualiste ou dans les sociétés d'études ou de recherches, s'applique également aux présidences.

Le président du conseil d'administration est investi, de plein droit, de la direction générale de la société anonyme ; l'art. 2 de la loi du 16-11-1940 se borne, sans autre indication, à stipuler : « Le Président du conseil d'administration remplit les

fonctions de *directeur général* » en reprenant la formule de l'art. 2 de la loi du 18 Septembre 1940. Cette disposition avait soulevé une foule de questions dont les solutions présentent un grand intérêt pratique ; l'on peut s'étonner que le législateur, informé des difficultés soulevées par son texte, ne l'ait pas précisé, s'en remettant, suivant un procédé commode, quoique fort peu juridique, à la pratique pour compléter ses vues, à vrai dire, sous-entendues, la loi n'étant pas précédée d'un exposé des motifs. Que faut-il entendre par direction générale ? Dans les anciennes habitudes (antérieures à Novembre 1940), selon Houpin et Bosvieux (*Traité général théorique et pratique des sociétés*, 7^e édit., n° 1099), qui semblent résumer les diverses opinions, le directeur général était le gérant *administrateur* ou *non*, de la société, nommé soit par les statuts, soit par l'assemblée générale et exerçant des attributions et pouvoirs propres, *indépendants de ceux du conseil*, et embrassant, d'une manière plus ou moins large, toutes les opérations sociales de sorte que le directeur devenait alors, comme le conseil, le mandataire direct de la société et devait être assimilé à un administrateur. Il en découlait que le directeur général, révocable *ad nutum*, comme un administrateur, n'exerçait qu'un mandat temporaire de trois ou six ans, selon les cas. Par ailleurs, on désignait également sous cette appellation un gérant, non administrateur de la société, désigné par le conseil, avec une sphère d'action propre ; pratique regrettable, car nommé par le conseil avec des attributions différentes de celui-ci, ce mandataire social devait être indépendant des administrateurs, participant de leur caractère et nommé soit par les statuts soit par l'assemblée générale des actionnaires. Enfin, on appelait également directeur général, la personne *étrangère*

au conseil révocable *ad nutum* et déléguée par lui, en vertu d'une autorisation statutaire, pour exercer une partie de ses pouvoirs.

La notion de direction générale était donc floue et susceptible d'interprétations variées quant à l'étendue des pouvoirs. Les mots « direction générale » n'impliquent pas, d'une part, l'existence d'attributions définies et, d'autre part, ce qui est au moins aussi grave, la responsabilité du président-directeur général sera plus ou moins étendue suivant que ses actes rentrent dans l'exercice de ses propres fonctions ou, au contraire, ont été accomplis comme administrateur siégeant au conseil. En réalité, sous cette forme vague et imprécise, elle s'entend des pouvoirs analogues à ceux de l'ancien administrateur-délégué, supprimé par la loi nouvelle, mandataire substitué, ne jouissant que des attributions transmises par le conseil en vue des affaires courantes et limitées à une partie déterminée de ceux du déléguant. Il ne saurait être question, comme l'ont inexactement fait certaines sociétés après la loi nouvelle, de transmettre au président-directeur général la totalité des pouvoirs du conseil qui, avant comme après le nouveau texte, ne peut être dessaisi de sa mission de gérer les intérêts sociaux. Pas davantage, il ne faut chercher à opposer l'administration à la direction, la démarcation étant impossible à effectuer entre ses deux notions si voisines qu'elles se confondent en fait. Ce qu'on peut dire de plus clair à ce sujet c'est que la direction se cantonne dans l'exécution des opérations courantes, tandis que l'administration tend à la réalisation de tous les actes ayant pour objet l'accomplissement, dans le sens le plus large, du but social que la collectivité s'est assigné. C'est au conseil d'administration qu'il appartient normalement d'établir la discrimination entre les deux zones, mais il y au-

rait avantage à la soustraire au bon vouloir des collègues du président en la fixant statutairement.

Il peut arriver que le président-directeur général ne puisse, pour une raison ou pour une autre, exercer ses fonctions. Il fallait prévoir cette situation qui aboutirait à une véritable carence de l'administration journalière. Le législateur y a pourvu dans les deux derniers alinéas de l'art. 2 de la loi : « Dans le cas où le président est dans l'impossibilité d'exercer ses fonctions, il peut déléguer tout ou partie de celles-ci à un administrateur ; cette délégation doit toujours être donnée pour une durée limitée. Si le président est dans l'incapacité temporaire d'effectuer cette délégation, le conseil d'administration peut y procéder d'office dans les mêmes conditions. » Bien que la loi soit muette à cet égard, la logique impose cette interprétation que le remplacement ne vise, dans les attributions du président, que celles qui ont trait à la présidence proprement dite et non seulement à la direction générale, au rebours de la plupart des commentateurs de la loi. Evidemment, le rôle de président ne suppose aucune prérogative propre en dehors de la convocation, de la présidence des séances du conseil et, le plus souvent, des assemblées générales et la signature des procès-verbaux de ces deux organismes ; c'est le vice-président, si le président se trouve empêché, qui assure l'intérim ou, s'il n'y a pas de vice-président, l'administrateur délégué suivant les exigences statutaires. Il n'en reste pas moins que toute la responsabilité de la gestion courante, qu'il exerce par lui-même ou par son directeur-général, lui incombe. Toute autre façon de voir rend incompréhensible la double sanction de l'art. 4 : déchéances de la faillite pour le président *et son délégué*, s'il y a lieu, et mise à leur charge d'une partie ou de la totalité du passif de la collec-

tivité en cas de sa faillite ou de sa liquidation judiciaire. Le texte prévoit deux hypothèses distinctes : ou bien le président, dans l'impossibilité, au sens le plus étroit du mot, d'assumer sa mission pour cause, par exemple, de maladie ou d'accident, mais non par suite d'un cas permanent d'exemption du fardeau du pouvoir, comme l'âge, ou une infirmité incurable, se substitue, *pour une durée limitée*, un administrateur de son choix ou même un tiers dans tout ou partie de ses attributions, ou bien le président, hypothèse plus radicale encore, ne peut même plus faire cette désignation comme frappé d'une incapacité temporaire de se faire remplacer, et, en cette éventualité, c'est le conseil qui procède à la désignation de l'intérimaire.

Le législateur, en chargeant le président du conseil d'administration de la direction des services sociaux ordinaires, n'a pas entendu que celui-ci assumât obligatoirement cette charge. Aux termes de l'art. 2, paragraphe 1 de la loi du 16 Novembre 1940 : « Le président du conseil d'administration remplit les fonctions de directeur général ou, à défaut, le directeur général exerce ces fonctions pour le compte et sous la responsabilité personnelle du président... ». Le président peut donc décliner la gestion courante des affaires de la collectivité en s'en déchargeant sur un individu (ou une société) de son choix, substitué à lui, pour tout ou partie de ses attributions visant la direction générale, car en vertu du principe : « qui peut le plus peut le moins », le président n'est pas tenu de déléguer absolument tous ses pouvoirs d'administration proprement dite.

Quelle est au juste la situation de ce directeur général dont nous savons qu'il ne peut être membre du conseil d'administration en présence des termes formels de l'art. 2, § 2 : « Aucun autre membre du

conseil d'administration (autre que le président) ne peut être investi de fonctions de direction dans la société ». Le texte de l'art. 2, § 1, n'est pas explicite et pêche plutôt par imprécision. Néanmoins, et malgré l'avis de certains commentateurs, le rôle imparti au directeur-général — et il ne peut y en avoir qu'un seul, solution des plus regrettables dans les sociétés importantes — s'apparente à celui d'un mandataire puisqu'il exerce ses fonctions au nom de la société (et non du président) et pour le compte de celle-ci, sous la responsabilité du président qui le désigne, puisque ce dernier est responsable de tous les faits de charge comme s'il les avait exécutés lui-même. Le directeur général, vis-à-vis des tiers, se comporte assurément comme un préposé de la Société mais, par rapport à elle, il est le mandataire substitué au président dans l'exercice de certaines de ces attributions. Nous tirerons plus loin les conclusions de cette situation du point de vue de la responsabilité civile du président. En tous cas, la cessation des fonctions du directeur général quand le président abandonne les siennes est une des conséquences des règles du mandat.

LES POUVOIRS ET ATTRIBUTIONS DU CONSEIL ET DU PRÉSIDENT-DIRECTEUR GÉNÉRAL. — Nulle part, ni dans le Code de commerce de 1807, ni dans la loi organique des sociétés par actions du 24 juillet 1867, ni dans les nombreux textes qui l'ont complétée ou modifiée, on ne trouve de définitions des pouvoirs du conseil d'administration. Il faut se référer en cette matière à la coutume, à défaut de stipulations précises des statuts ; à vrai dire les pactes sociaux contiennent toujours une énumération fort longue et généralement non limitative des attributions im-

parties aux mandataires sociaux. Cette nomenclature des actes permis ou prohibés est précieuse lorsqu'il s'agit, pour le conseil, de prendre des mesures qui n'ont pas un caractère d'actes de gestion absolument courante. Dans le silence des statuts ou s'ils contiennent une énumération incomplète mais non limitative, il faut décider d'appliquer, en l'espèce, les règles du mandat largement entendues ; en conséquence, les administrateurs peuvent effectuer toutes opérations, quelque importantes qu'elles soient, nécessaires pour la réalisation de l'objet social, à l'exclusion de tous actes de disposition des biens sociaux ne visant pas expressément ce but d'intérêt collectif.

Le conseil, organe collectif de gestion constituant une entité juridique, se perpétue malgré les mutations survenues dans son personnel et les engagements régulièrement pris lient la Société, même après l'expiration de ses pouvoirs. Mais les administrateurs n'obligent la société que dans la sphère et la limite de leurs attributions ; tous actes faits au delà s'avèrent sans valeur et inopposables à la société, à moins qu'elle n'ait ratifié la gestion ou n'en ait profité.

C'est également au conseil qu'incombe l'exécution des délibérations de l'assemblée générale ordinaire ou extraordinaire des actionnaires, sauf à déléguer un ou plusieurs administrateurs pour la réalisation effective. En outre, les administrateurs ont, individuellement, un droit personnel de contrôle sur le fonctionnement normal de l'entreprise et ils peuvent, par suite, prendre communication et copie de tous documents utiles pour les éclairer sur leurs devoirs et responsabilités.

La plupart des statuts décidaient, avant la loi nouvelle, que les actes concernant la société et dé-

cidés par le conseil seraient signés par deux administrateurs à moins d'une délégation à un administrateur ou à tout autre mandataire. Sous le nouveau régime il est plus ordinairement stipulé que la signature est déléguée au Président-directeur général ou au directeur général ou au remplaçant du président mais rien ne s'oppose, semble-t-il, à la conservation de l'ancienne habitude, s'il s'agit uniquement d'une clause relative seulement à la forme des engagements sociaux vis-à-vis des tiers sans qu'elle emporte de pouvoir propre de décision au profit des administrateurs signataires.

Quels sont les pouvoirs du président-directeur général ? L'ancienne jurisprudence relative à l'administrateur-délégué s'applique entièrement à lui, en raison de la brièveté, du laconisme de la loi. Les tribunaux ont été, fréquemment, saisis de la distinction à établir entre les attributions du directeur commercial, agent de la société anonyme, lié à elle par un contrat de louages de services et du directeur, quelque soit sa dénomination (Directeur général, directeur, administrateur-délégué) mandataire social, révocable ad mutum. Les décisions judiciaires concordent en ce sens qu'il doit être octroyé à celui-ci tous les pouvoirs nécessaires, pour assurer, par lui-même ou au moyen de subdélégations, pour certains objets déterminés, l'exploitation en vue de laquelle la société a été constituée ainsi que la mise en valeur et la conservation de son patrimoine.

Nous ne saurions mieux faire, pour l'énonciation des attributions réservées au conseil que de nous référer à la plaquette de M. H. Bosvieux, consacrée à l'analyse de la loi nouvelle et qui précise très nettement la situation : d'après lui, et il apparaît que c'est là l'opinion commune, le conseil retient, de toute manière : 1° d'abord les pouvoirs dont l'exer-

cice nécessite une délibération en commun préalable (tels que l'établissement des règlements sociaux, la fixation des dépenses générales d'exploitation, la création et la suppression de succursales, bureaux et agences, le transfert du siège social dans un autre endroit de la même ville, l'arrêt des inventaires et bilans) ; 2° Puis les pouvoirs qui ne concernent pas l'exploitation (par exemple, les appels de fonds, l'agrément des cessionnaires d'actions, etc...) ; 3° et enfin ceux qui ont trait à des actes de disposition ou à des mesures exceptionnelles ayant un caractère de gravité incontestable, notamment les achats et ventes d'immeubles (à moins que la société ait pour objet la spéculation sur immeubles) ainsi que de fonds de commerce, brevets et marques, l'édification de constructions nouvelles, les demandes de concessions, les cautionnements et constitutions d'hypothèques, les libéralités autres que les gratifications d'usage, les transactions, compromis et mainlevées sans paiement, les emprunts autres que les opérations de crédit à court terme destinés à faire face aux besoins normaux de l'exploitation et la prise de participation dans d'autres affaires. En outre, l'on concevrait parfaitement que soient soumis à l'autorisation ou à l'agrément du conseil certains actes ou certaines opérations qui, bien qu'étant seulement du ressort du directeur général, pourraient entraîner pour la société des engagements trop importants ou des risques trop sérieux, par exemple, les traités et marchés excédant un certain chiffre ou encore la nomination de directeurs commerciaux ou techniques. C'est normalement au directeur général qu'il appartient d'assurer, par lui-même, ou par des délégués qu'il nommera, l'exécution des décisions du conseil d'administration mais il semble difficile de ne pas reconnaître à ce dernier

la faculté de désigner soit l'un de ses membres, soit un tiers, pour procéder à la réalisation des actes ou opérations qu'il a autorisés, réalisation qui ne comporte aucun pouvoir de décision.

Si, statutairement ou dans la délibération du conseil l'investissant de ses fonctions ou dans une décision postérieure, il n'était apporté aucune précision quant à l'étendue des pouvoirs du président-directeur-général, l'on devrait considérer, malgré certaines divergences jurisprudentielles, que ce mandataire social est investi seulement de la mission d'accomplir les actes que nécessite l'administration courante et journalière de la collectivité et qui ne peuvent être soumis au conseil d'administration soit en raison de leur peu d'importance, soit en raison de leur nature, de leur fréquence et de leur multiplicité.

Bien qu'ayant une situation prépondérante dans la société, le président-directeur général doit rendre compte au conseil, chaque fois qu'il se réunit, de l'usage qu'il a fait de ses pouvoirs et le tenir au courant des affaires par lui traitées. Si les administrateurs ont des réserves ou des critiques à formuler, ils agiront sagement en demandant qu'elles soient reproduites au procès-verbal.

LES OBLIGATIONS LÉGALES DES ADMINISTRATEURS.

— Des devoirs généraux sont imposés aux membres des conseils d'administration. Ils se dédoublent en deux catégories : d'une part, d'une manière très générale, ils sont tenus de toutes les obligations qui incombent aux mandataires suivant le droit commun, et les dispositions du code civil leur sont pleinement applicables ; d'après celui-ci, le mandataire (art. 1991) « est tenu d'accomplir le mandat tant qu'il

en demeure chargé et répond des dommages-intérêts qui pourraient résulter de son inexécution » ; il répond non seulement de son dol mais des fautes commises dans sa gestion (art. 1992) ce qui comprend ses erreurs, négligences et imprudences ; il importe de noter, au passage, que le mandat ne doit pas être confondu sous le rapport de la responsabilité avec le louage d'ouvrage : dans celui-ci, en raison du lien de subordination à la fois matérielle, économique et sociale existant entre les parties, qui permet au commettant de donner à son préposé tous ordres et instructions utiles, le maître est responsable du dommage causé par ses employés, ouvriers et serviteurs dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions ; rien de pareil dans le mandat : le mandataire étant un citoyen libre et indépendant, ne peut entraîner en dehors de l'exécution de la procuration, en principe, du moins, la garantie du donneur d'ordre par ses agissements que si, par sa propre faute, ce dernier a rendu possibles des actes illicites, sauf à subir les conséquences du dol commis par son représentant, même pour des actes exécutés en vertu du pouvoir conféré.

Le mandataire doit non seulement exécuter sa mission, mais en rendre compte (art. 1993, c.Civ.).

D'autre part, les administrateurs sont astreints à certains devoirs spéciaux. Ils doivent :

1° Vérifier la régularité de la constitution de la Société et de la publicité qui en a été faite ;

2° Faire dresser, à la clôture de chaque exercice, par les services comptables, l'inventaire, le compte de pertes et profits et le bilan de la collectivité et établir un rapport aux actionnaires sur les résultats obtenus.

3° Faire mettre à la disposition des commissaires aux comptes, quarante jours au moins avant

l'assemblée générale annuelle, les documents visés à l'art. 34, paragr. 2, de la loi du 24 Juillet 1867, tel que modifié par le décret du 8 Août 1935 ;

4° Convoquer l'assemblée générale annuelle qui doit statuer sur l'approbation des comptes, sur la distribution des bénéfices, s'il y a lieu, sur les élections, réélections et remplacements d'administrateurs et commissaires et sur toutes mesures de gestion dépassant les pouvoirs du conseil ;

5° Faire procéder aux communications aux actionnaires et représentants des porteurs de parts, s'il échet, prévues par les paragr. 2 et suivants de l'art. 35 de la loi du 24 Juillet 1967 (texte du 30 Octobre 1935) ;

6° Veiller à la constitution et à la composition légale et statutaire du conseil d'administration, à la régularité de ses séances et des procès-verbaux de ses délibérations ;

7° Opérer sur les bénéfices le prélèvement de la réserve légale ;

8° Rendre compte, chaque année, à l'assemblée générale ordinaire des actionnaires, de l'exécution des marchés et entreprises passés avec les membres du conseil et par elle autorisés ; en effet, aux termes de l'art. 40 de la loi du 24 Juillet 1867, « il est interdit aux administrateurs de prendre ou de conserver un intérêt direct ou indirect dans une entreprise ou dans un marché fait avec la société ou pour son compte, à moins qu'ils n'y soient autorisés par l'assemblée générale. Il est, chaque année, rendu à l'assemblée générale, un compte spécial (généralement inclus dans le rapport général du conseil) de l'exécution des marchés ou entreprises par elle autorisés... ». Ce que la loi prohibe ce ne sont pas des opérations quelconques, il importe de le noter, mais *les entreprises et les marchés*, c'est-à-dire des séries

de prestations formant un ensemble indivisible ou se rattachant les unes aux autres et encore à la condition qu'ils soient traités de gré à gré (l'interdiction ne s'appliquerait pas s'il y avait adjudication publique). Par ailleurs, rien ne s'oppose à ce qu'un administrateur contracte avec la société, si la collectivité est régulièrement représentée par un autre membre du conseil, même si l'une des parties est le président du conseil d'administration.

Que faut-il entendre par intérêt direct ou indirect dans une entreprise ou dans un marché ? Si l'intérêt direct est facile à discerner, l'intérêt indirect semble plus malaisé à déterminer. La jurisprudence se montre assez libérale en cette matière et le seul fait qu'une personne est administrateur de deux sociétés entre lesquelles une entreprise a été conclue, d'où divergence d'intérêts, ne suffit pas à rendre l'art. 40 applicable, si cette opération a été régulièrement autorisée sans le concours du mandataire social commun aux deux collectivités. La prohibition peut être levée sous forme d'approbation ou même de ratification, après réalisation, par l'assemblée générale, à la condition que l'autorisation soit spéciale, c'est-à-dire précise les opérations sur lesquelles, par surcroît, les commissaires aux comptes auront à dresser un rapport particulier et circonstancié, tout au moins d'après la jurisprudence la plus récente, outre le compte rendu annuel du conseil d'administration à ce sujet. Nous retrouverons plus loin la sanction de cette obligation légale ;

9°. Convoquer l'assemblée générale extraordinaire des actionnaires, en cas de perte des trois quarts du capital social, pour statuer sur la question de savoir s'il y a lieu de prononcer la dissolution de la Société.

LES COMITÉS, LES DÉLÉGUÉS ET LES EMPLOYÉS DE LA SOCIÉTÉ. — Si, au lieu de se borner à désigner, dans son sein, un ou plusieurs administrateurs-délégués, investis d'attributions directoriales, le conseil formait, avec certains de ses membres, en vertu d'une délégation de pouvoirs, non interdite par les statuts, un organe délibératif restreint, investi de certaines prérogatives de gestion, il y avait, sous l'ancienne législation, comité de direction où pouvaient entrer, parfois, à titre consultatif, certains employés supérieurs de la collectivité. En présence du texte formel de l'art. 2, paragr. 2 de la loi, interdisant à tout administrateur, autre que le président du conseil, d'exercer des fonctions de direction, force nous est d'admettre que ces organismes ont vécu, tout au moins avec leur rôle ancien ; seuls pourront à l'avenir être constitués par le conseil d'administration les comités d'études, simples rouages intérieurs, dépourvus de tous pouvoirs de décision, dont la mission se bornera à éclairer la religion du conseil sur certaines difficultés relatives à la gestion des affaires sociales.

Pour ce qui concerne le président du conseil, directeur-général ou non, il peut créer, de sa propre autorté, sans avis de ses collègues (art. 2, paragr. 3 et 4 de la loi du 16 Novembre 1940), un comité consultatif composé soit d'administrateurs, soit de directeurs, soit en combinant ces deux catégories de personnes, qui est chargé d'étudier les questions renvoyées à son examen par l'autorité qui l'a constitué et de lui faire part du résultat de ses recherches. C'est un rôle des plus restreint ; cependant, le législateur, probablement à la légère, attache une certaine importance au rôle de cet organisme, puisqu'il range ceux des administrateurs qui

en feront partie, et eux seuls, à l'exclusion des directeurs, au nombre des personnes éventuellement responsables, en second rang, en cas de défaillance financière de la société.

Bien entendu, l'existence tant du comité consultatif du président que des organismes, du même ordre, créés par le conseil, ne met pas obstacle au droit que détient celui-ci, même en l'absence de toute disposition statutaire, de déléguer partie de ses pouvoirs, *n'ayant pas trait à la direction*, à un administrateur ou à une personne étrangère à la société, mais seulement pour une ou plusieurs affaires déterminées. Les mêmes prérogatives appartiennent, dans des conditions analogues, au président et au directeur général, sauf, pour ces derniers, que la désignation du substitué ne peut porter que sur un tiers non administrateur, quand il s'agit d'attributions directoriales.

Sous le nouveau régime, il n'apparaît pas qu'il puisse être institué, comme dirigeant de la société, un directeur étranger entre les mains duquel le conseil *abdiquerait tous ses pouvoirs* de gestion courante, en exécution d'une autorisation statutaire. Pas davantage, et, nonobstant les dispositions de l'art. 22, paragr. 2, de la loi de 1867, les administrateurs, individuellement ou collectivement, ne pourraient se substituer de mandataires, dont ils seraient responsables vis-à-vis de la société et qui les remplaceraient entièrement dans leur gestion des biens sociaux.

Pas davantage, il ne saurait être admis que le président ou le directeur général confie le soin d'exercer leurs fonctions à un tiers, leurs pouvoirs ne leur ayant été conférés *qu'intuitu personæ* et se révélant, par suite, intransmissibles, tout au moins totalement.

Après comme avant la loi du 16 Novembre 1940, la pratique de l'administration sociale est ou peut être dévolue à des directeurs techniques et commerciaux et à des agents, ouvriers et employés liés à la société par des contrats de louage de service, leur octroyant un statut spécial, leur assurant la protection, à tous égards, des lois sociales. Il ne s'agit plus alors de mandats salariés.

A nouveau, il importe de signaler, en terminant, que toutes fonctions de direction sont interdites, par la loi nouvelle, aux administrateurs (art. 2, paragr. 2, de la loi du 16 Novembre 1940). « Aucun autre membre du conseil d'administration ne peut être investi de fonctions de direction dans la société » *autre que le président-directeur général*. Si les administrateurs ne peuvent se voir conférer, sans doute dans la crainte de susciter, au profit des dirigeants de la société, la création de postes coûteux et inutiles, d'attributions directoriales, ils continuent (brochure de l'ANSA, page 16, sur les statuts des présidents et des administrateurs des sociétés anonymes, d'après la loi du 16 Novembre 1940) « à pouvoir remplir les missions temporaires ou même permanentes d'études, d'inspection, de surveillance et de contrôle que la société leur confie, pourvu, bien entendu, que ce vocable ne dissimule pas de véritables fonctions de direction, ce qui est une question de fait. Ainsi, un administrateur peut légalement remplir les fonctions d'ingénieur conseil ou de conseiller technique, juridique, par exemple..., d'inspecteur des services de la société sans pouvoir de décision..., la délimitation exacte, d'une part, des fonctions de direction interdites aux administrateurs..., et, d'autre part, des missions d'études, de surveillance ou de contrôle et plus généralement de toutes fonctions même non rémunérées,

autres que les fonctions de direction... risque de soulever fréquemment des difficultés pratiques ». Il est d'évidence, au surplus, qu'un administrateur (le cas se voit dans les sociétés peu importantes), peut exercer un emploi subalterne, tel que celui de chef-comptable ou de caissier.

Ainsi donc, au terme de ce bref examen, nous pouvons nous faire une idée de l'organisation administrative de la société anonyme. Au sommet de la hiérarchie, détentrice du pouvoir suprême, l'assemblée générale constitue l'organe de délibération de la société personnifiée, chargé notamment de désigner les membres formant le conseil d'administration ; ce dernier doit pourvoir à la gestion des services et des biens sociaux ; il peut s'entourer, par le moyen des comités qu'il peut constituer, de tous renseignements susceptibles d'éclairer sa religion ; ne pouvant assurer l'administration courante et journalière de la collectivité, il délègue les pouvoirs nécessaires à cet effet à son président élu par lui ; ce fonctionnaire social, centre et support de toute la gestion dont il est responsable, peut, si cela lui semble opportun, créer lui-même un comité consultatif qui l'aidera de ses avis et conférer tout ou partie de la direction générale à un mandataire dont il répond entièrement. Le directeur général, à son tour, nomme et révoque les directeurs et agents salariés de l'entreprise. Voilà donc schématiquement l'esquisse sommaire de l'institution. Il n'était pas superflu de se rendre compte des conditions de son fonctionnement avant de voir jouer les principes de responsabilité applicables aux administrateurs, sous le nouveau régime découlant des dispositions de la loi du 16 Novembre 1940.

CHAPITRE II

LES CAUSES DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE DES ADMINISTRATEURS

Les administrateurs de sociétés anonymes sont des mandataires sociaux et ils sont régis, quant au principe de leur responsabilité civile, par toutes les règles définies, s'il n'y est apporté dérogations par une législation spéciale, dans les articles 1984 à 2010 du Code Civil : « Le mandat ou procuration, énonce l'art. 1984, est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom. Le contrat ne se forme que par l'acceptation du mandataire. » Cette définition est exacte sous une réserve : « Il y a mandat, disent MM. Planiol et Ripert (Traité pratique de droit civil français, t. II, p. 765) dès qu'une personne a pouvoir d'agir *aux lieu et place* d'une autre et non pas seulement, comme le laisserait croire l'art. 1984, C.Civ., quand une personne agit *au nom* d'une autre, c'est-à-dire par représentation, celle-ci pouvant être écartée sans qu'il cesse d'y avoir mandat, ce qui se produit, notamment, dans le prête-nom. » Le trait saillant, original, vraiment caractéristique du mandat et qui n'appartient qu'à lui (et avec des restrictions à la gestion d'affaires) c'est l'absence d'obligation personnelle du mandataire *qui ne répond que de son dol et de ses fautes* (art. 1992, C.Civ.). La loi elle-même en cite

deux applications notables dans les art. 1994 et 1997 du C.Civ. « Le mandataire, énonce l'art. 1994, répond de celui qu'il s'est substitué dans sa gestion : 1^o quand il n'a pas reçu le pouvoir de substituer quelqu'un ; 2^o quand ce pouvoir lui a été conféré sans désignation d'une personne et que celle dont il a fait choix était notoirement incapable ou insolvable. » Selon l'art. 1997, « le mandataire qui a donné à la partie avec laquelle il contracte en cette qualité une suffisante connaissance de ses pouvoirs, n'est tenu d'aucune garantie pour ce qui a été fait au delà, s'il ne s'y est personnellement soumis ». Le second texte s'applique à la responsabilité « externe » en quelque sorte, du mandataire vis-à-vis des tiers mais précise, *a contrario*, avec un heureux choix de termes, que si le mandant n'a pas pris l'opération irrégulière pour son compte ou n'en a pas profité, il n'en est pas tenu vis-à-vis du tiers.

Le mandant, régulièrement représenté, est personnellement engagé à l'égard de son co-contractant, c'est là l'essence du mandat ; tout doit se passer en faisant abstraction de la personnalité du fondé de pouvoirs, l'acte étant réputé directement passé, dans les rapports des parties, entre elles, sauf à démontrer que le mandataire a outrepassé les termes de sa procuration, auquel cas la question ne concerne plus le représenté et il y a lieu à débat et règlement entre le tiers et le mandataire relativement au dépassement de pouvoirs. Agissant pour le compte d'autrui, le mandataire doit rendre compte (art. 1993). La loi l'oblige à restituer au mandant tout ce qui a été reçu en vertu de sa procuration, alors même que cela n'était point dû (c'est une conséquence du principe que le représentant agit aux lieu et place du déléguant).

Le mandant, de son côté, est tenu de trois obli-

gations principales dont la dernière n'est que la survivance historique d'un vieux principe. Il doit : 1° Payer les salaires convenus, s'il en a été stipulé, le mandat étant gratuit, en principe ; 2° Rendre le mandataire complètement indemne de sa gestion, l'exécution du mandat ne devant pas être onéreuse pour celui qui en est chargé. Cette obligation concerne le remboursement des avances et frais relatives à l'exécution de la mission et la loi précise, en l'art. 1999, paragr. 2 : « S'il n'y a aucune faute imputable au mandataire, le mandant ne peut se dispenser de faire ces remboursements (de frais et d'avances) et paiement (d'émoluments), lors même que l'affaire n'aurait pas réussi, ni faire réduire le le montant des frais et avances sous prétexte qu'ils pouvaient être moindres ». Par ailleurs (art. 2001, C.Civ.), l'intérêt des avances est dû, la gestion ayant lieu dans l'intérêt d'autrui, de plein droit, à dater du jour de celles-ci, au taux légal, soit en matière civile, soit en matière commerciale, suivant les cas. Bien plus (art. 2000, C.Civ.), dérogation exorbitante au droit commun et qui ne se justifie que par la situation tout à fait spéciale du mandataire gérant l'affaire d'un autre — exception que l'on ne retrouve même pas dans le louage de services — le fondé de pouvoirs doit être indemnisé des pertes essuyées, sans imprudence qui lui soit imputable, à l'occasion de l'exécution de sa mission ; 3° Tous les auteurs mentionnent, en dernier lieu, parmi les devoirs du mandant, l'obligation de satisfaire au contrat passé pour lui ou aux opérations effectuées pour son compte. Nous ne saurions mieux faire, à ce sujet, que de citer textuellement l'opinion de MM. Planiol et Ripert (Traité élémentaire de droit civil, t. II, n° 2251) : « C'est, par habitude, qu'on signale ceci comme une obligation qui dérive du

contrat de mandat, car il s'en faut qu'il en soit ainsi. Si le mandant est tenu d'accomplir tout ce qui a été fait et promis en son nom, *c'est l'effet d'une représentation juridique*; il est bien réellement tenu *envers les tiers*, parce qu'il est réputé avoir contracté lui-même, mais il n'en résulte pour lui *aucune obligation dans ses rapports avec son mandataire*. Si le code (art. 1998, al. 1), imitant Pothier, fait figurer ce résultat parmi les obligations qui naissent du mandat, c'est parce qu'il reproduit, sans y réfléchir, les règles romaines. A l'époque où la représentation juridique d'une personne par une autre n'était pas encore ouvertement admise, il fallait bien que le mandant exécutât consciencieusement les engagements pris par son mandataire, faute de quoi celui-ci aurait pu être recherché à ce sujet et poursuivi. Chez nous, l'obligation du mandant existe bien ; c'est, si l'on veut, un *effet* du mandat, mais elle existe *envers les tiers* ; il n'y a point là d'obligation du mandant envers le mandataire. »

La législation spéciale aux sociétés anonymes a-t-elle modifié ces principes? Pour ce qui concerne les obligations de la société vis-à-vis des administrateurs, il n'y a aucun texte ; cette attitude du législateur est donc une confirmation pure et simple des stipulations du code civil. Relativement aux devoirs des mandataires sociaux, nous avons des précisions L'art. 32 du Code de commerce, dont la rédaction date de 1807, énonce : « Les administrateurs ne sont responsables que de l'exécution du mandat qu'ils ont reçu. Ils ne contractent, à raison de leur gestion, aucune obligation personnelle ni solidaire relativement aux engagements de la société. » C'est là, l'application pure et simple du droit commun et l'art. 44 de la loi du 24 Juillet 1867 qui subsiste toujours, malgré les vicissitudes législatives,

dans sa teneur originelle, confirme cette idée : « Les administrateurs sont responsables, conformément aux règles du droit commun, individuellement ou solidairement, suivant les cas, envers la société ou envers les tiers, soit des infractions aux dispositions de la présente loi, soit des fautes qu'ils auraient commises dans leur gestion, notamment en distribuant ou en laissant distribuer, sans opposition, des dividendes fictifs. » Il faut donc se référer aux règles relatives tant au contrat de société qu'au mandat et aux principes généraux consacrés, en matière de délits et de quasi-délits, par les articles 1382 à 1384, C.Civ. Il importe de noter que la loi du 16 Novembre 1940 n'a modifié en rien ces directives.

La responsabilité civile encourue sera donc, suivant les cas, contractuelle ou délictuelle ou encore quasi-délictuelle. Ce sont les principes habituels qui s'appliqueront, la loi, d'après les normes constantes, ne subordonnant nullement la responsabilité des administrateurs au rapport de la preuve de faits de dol ou de fraude (v. Cass. 8 Avril 1930, et Cass. 1^{er} Décembre 1931). Conformément aux règles du droit commun, les intéressés, il faut insister sur ce point, n'auront d'action qu'en justifiant d'un préjudice et dans sa mesure (v. Cass. 18 Mai 1887, D. 87-I-400, par exemple, ou Cass. 31 Octobre 1887, D. 88-I-453). Les diverses hypothèses où la responsabilité des administrateurs est susceptible de se trouver engagée peuvent être ramenées, en bref, à un seul et unique cas : il faut qu'ils aient commis une faute, au sens le plus large du mot, dans leur gestion.

Néanmoins, suivant la nature de la faute et la qualité des intéressés, les principes varieront. A l'égard de la Société, les administrateurs, ses représentants, seront tenus par les règles de la responsa-

bilité contractuelle, pour tout manquement à leur mandat ; il sera mis en œuvre, à leur rencontre, l'action sociale, tandis que vis-à-vis des tiers, tels que les porteurs de parts le fondateur ou les créanciers sociaux, ce seront les préceptes de la responsabilité délictuelle qui seront suivis, par la voie de l'action individuelle, aucun rapport de droit n'existant entre ceux-ci et les membres du conseil, sous la réserve, évidemment, de l'exercice de l'action oblique de l'art. 1166, C.Civ., si les tiers exercent, y ayant intérêt, les droits de la société négligente, à la condition que leurs dettes actives soient échues. Quant aux actionnaires, lésés, ils se prévaudront, sous la restriction ci-après, de la responsabilité délictuelle ou quasi-délictuelle (les principes sont identiques à l'élément intentionnel prêt) par l'exercice d'une action individuelle ; en aucun cas, ils ne pourront user de l'action indirecte de l'art. 1166 du C.Civ., pas plus qu'ils ne pourraient utiliser, le cas échéant, l'action paulienne, *n'étant pas créanciers*.

Ne peuvent-ils pas exercer, indépendamment de cette responsabilité civile *ex delicto*, une action civile directe, *mandati directa* ? Assurément, dans certains cas, et, sous certaines conditions, les associés, *ut singuli*, sont admis à mettre en jeu, en leur nom personnel, l'action sociale reposant, évidemment, sur l'idée de mandat, malgré certaines hésitations tant de la doctrine que de la jurisprudence à la leur accorder (Lyon-Caen et Renault, n° 827 *bis*, Cass. 12 Août 1889, S. 92-I-348), quoique les termes non équivoques de l'art. 17 de la loi de 1867 admettent cette procédure dans la limite de l'intérêt propre et du préjudice subi par les intéressés, le montant de la condamnation, d'après l'opinion courante, devant être versé dans la caisse sociale. Mais il ne saurait être toléré, dans l'état actuel des textes, une

action inconditionnelle, personnelle et directe de mandat, à l'encontre des administrateurs, au profit d'actionnaires qui s'approprieraient le montant de la condamnation prononcée à leur requête. D'éminents jurisconsultes se sont, cependant, prononcés en faveur de cette possibilité en prétendant que le mandat accordé par la société aux administrateurs en recouvrait un autre à l'égard des actionnaires, la personnalité morale de la Société, pure fiction légale, laissant subsister certaines obligations à la charge des membres du conseil en faveur des associés, devoirs nés d'un second mandat, tacite, que les actionnaires représentés par leur mandataire, la collectivité, auraient donné à plusieurs d'entre eux, pour la gestion, au mieux des intérêts communs, des affaires sociales (Labbé, note, S. 74-I-97 ; Boistel, D. 94-I-465 ; Thaller, note, D. 93-I-107, et Traité de droit commercial, n° 287 et suivants). Mais cette doctrine hardie ne peut être adoptée malgré les avantages pratiques qu'elle présenterait, aucune prescription légale ne lui servant de fondement.

Quels sont les principes qui régissent la responsabilité contractuelle existant entre les administrateurs et la société, leur mandante ? Quand un débiteur ne satisfait à son obligation conventionnelle ou retarde volontairement sa libération, le créancier a le droit d'obtenir des dommages-intérêts, c'est-à-dire une somme d'argent jugée équivalente à l'avantage procuré par l'exécution effective et exacte de l'obligation ; les dommages-intérêts représentent donc l'indemnisation du préjudice et remplacent entièrement la prestation non effectuée, l'abstention violée, à moins qu'ils ne réparent le tort causé par la lenteur du débiteur. Tantôt l'obligation demeure définitivement inexécutée : dans ce cas, les dommages-intérêts sont dits « compensatoires » ; tantôt ils sont

dus pour simple retard et portent, dans cette éventualité, le nom de « moratoires ». En principe, les règles sont les mêmes pour ces deux catégories, sauf que les dommages-intérêts moratoires se cumulent avec l'exécution de l'obligation, ce qui n'a pas lieu pour les dommages-intérêts compensatoires et que la mise en demeure n'est pas toujours exigée pour ces derniers, tout au moins quand il y a refus volontaire d'exécution, faute du débiteur ou impossibilité fortuite d'exécuter, si les cas fortuits sont à la charge du débiteur. Ce qu'il importe surtout de retenir, c'est que l'indemnisation est toujours fixée en argent ; le défaut de paiement d'une somme d'argent ne peut donner lieu qu'à des dommages-intérêts moratoires : le juge peut, en ce cas, condamner seulement au paiement de la dette telle qu'elle se chiffre, additionnée des intérêts de droit, il ne peut même pas prononcer une astreinte, comminatoire ou non. C'est pour cette raison que les règles qui régissent les dommages-intérêts ne sont pas les mêmes suivant qu'il s'agit, d'une part, d'obligations de faire ou de ne pas faire et, d'autre part, d'obligations de sommes d'argent. Nous commencerons par les premières et nous examinerons, ensuite, les secondes.

L'inexécution ou le retard dans l'exécution de l'obligation donne lieu à dommages-intérêts quand les deux conditions suivantes sont réunies : Il faut, tout d'abord, qu'après une mise en demeure (ce qui est le cas général pour les dommages-intérêts moratoires et n'est nécessaire, en cas d'impossibilité d'exécution, pour les dommages-intérêts compensatoires, que s'il y a refus volontaire ou faute du débiteur et, dans les autres éventualités si les cas fortuits sont à sa charge) consistant en une sommation, un commandement ou une demande en justice, sauf en

matière commerciale où une simple lettre ou même une injonction verbale suffit et aussi d'exceptions conventionnelles ou légales, mettant, à la suite de l'accomplissement de la formalité nécessaire, *les risques à la charge du débiteur*, un dommage ait été causé au créancier. L'art. 1147 du C.Civ. dit en excellents termes, d'une simplicité enviable à notre époque de complications juridiques, « *le débiteur est condamné, s'il y a lieu* », ce qui signifie que l'indemnité ne peut être accordée que s'il y a préjudice porté au créancier. C'est une des applications de l'adage « Sans intérêt, point d'action ». S'il n'y a pas de lésion, il ne peut y avoir d'obligation à réparation et c'est au créancier qu'incombe tout naturellement la preuve du bien-fondé de sa demande, qu'il s'agisse de l'une ou l'autre catégorie de dommages-intérêts. Le dommage du côté actif se révèle le fondement même de l'indemnité, mais il faut aussi une autre condition pour son obtention : l'inexécution ou le retard doit être imputable au débiteur. L'imputabilité cesse s'il y a cas fortuit ou de force majeure, c'est-à-dire si l'événement qui s'oppose à l'exécution de l'obligation ou la retarde *provient d'une cause étrangère* qui rend la libération de l'obligé *insurmontable* ; il existe entre les deux expressions une distinction logique : le cas fortuit, c'est l'origine externe de l'empêchement ; le cas de force majeure : le caractère insurmontable de l'obstacle, et l'on peut discuter l'un ou l'autre de ces caractères.

Hors de là, subsistent toutes les causes d'inexécution à la charge du débiteur ; on les divise en deux classes : la faute et le dol. « *Malitiis non est indulgendum* », disait déjà le Digeste. Il est impossible d'exonérer le débiteur qui se rend coupable de dol et l'on nomme ainsi toute tromperie dans la conclu-

sion ou l'exécution des actes ; il suppose la mauvaise foi et la volonté du débiteur de se soustraire à son engagement. C'est pourquoi, l'on est toujours responsable du préjudice causé dolosivement. La faute se définit : « tout manquement, même par simple imprudence ou négligence, mais sans intention malicieuse de l'obligé, dans l'exécution de son obligation ». Le débiteur, sous des restrictions diverses, n'est tenu que des fautes lourdes consistant en des négligences grossières et inexcusables et des fautes légères qui s'apprécient suivant le soin que le commun des hommes apporte ordinairement à ses affaires. Il lui appartient de fournir la preuve de son exonération ou de sa libération. Les textes n'ont, au surplus, pas une grande importance, en cette matière, puisque c'est toujours une question de fait qui se pose, et elle est toute d'appréciation et de sentiment. Si la faute ou le dol sont démontrés, comment se chiffrent les dommages-intérêts ? Le dommage se compose, traditionnellement, de deux éléments distincts : d'abord, la perte faite, « *damnum emergens* » et le gain manqué, « *lucrum cessans* » ; ce qui pourrait être attribué en plus serait un bénéfice illégal, les dommages-intérêts ayant uniquement une fonction satisfaisante. Le débiteur n'est responsable que du dommage direct, c'est-à-dire, suivant la formule de l'art. 1151 C.Civ., ce qui est la suite immédiate et directe de l'inexécution de la convention, que le tort causé soit matériel ou moral et, parmi les diverses lésions, il n'est dû réparation que du dommage prévu ou qui a pu être prévu, au moment du contrat (art. 1150 C.Civ.), disposition applicable non seulement à la cause mais à la quotité. Ce n'est qu'en cas de dol que les dommages imprévus entrent en ligne de compte.

Pour ce qui concerne les obligations de sommes

d'argent, certaines règles spéciales doivent être suivies. Tout d'abord, d'après l'art. 1153, § 2, C.Civ., le créancier a le droit d'obtenir des intérêts moratoires sans être tenu de justifier d'aucune perte, l'argent rapportant, tout naturellement, des revenus. Ensuite, l'indemnité présente un caractère forfaitaire, c'est ce que l'on nomme les intérêts de droit (actuellement 4 % en matière civile, 5 % en matière commerciale, sauf en certaines hypothèses) ; il n'est possible d'obtenir une bonification supérieure à l'intérêt légal qu'en justifiant d'un préjudice autre que celui résultant du retard, mais seulement en cas de mauvaise foi du débiteur (art. 1153, C.Civ.). De plus, en matière commerciale comme en matière civile, les parties sont libres de fixer conventionnellement l'indemnité sous les restrictions relatives à la répression de l'usure (l'un des décrets du 8 Août 1935). Enfin, si, en principe, la simple sommation fait courir les intérêts moratoires, tant d'exceptions, tout au moins en ce qui concerne les dettes de capitaux, ont été introduites par de nombreux textes que, très fréquemment, ils prennent cours sans mise en demeure.

Si, quittant la responsabilité contractuelle, nous envisageons la responsabilité délictuelle, il nous faut nous inspirer d'autres idées. La faute délictuelle ou quasi-délictuelle peut être définie : la violation, volontaire ou inconsciente, d'une obligation légale, inconnue, sous-entendue et préexistante dont la loi ordonne la réparation quand elle a causé un dommage à autrui. « L'idée de faute (Planiol et Ripert, *Traité élém. de droit civ.* t.II, n° 863) prise en elle-même, est donc extrêmement simple et elle est dans une *relation nécessaire avec l'idée d'obligation* : une personne ne peut être en faute, si elle n'était tenue de rien avant l'acte qu'on lui reproche... La ques-

tion de savoir si l'agent a commis une faute avec ou sans intention de nuire est, en principe, indifférente... Toute cette théorie est faite d'après les principes et d'après la jurisprudence ; les textes tout à fait insuffisants, ne nous donnent à peu près aucun secours. »

Les deux stipulations de base qui constituent le droit commun sont les art. 1382 et 1383 du Code civil ; ils sont conçus dans les termes les plus larges, à dessein, semble-t-il, pour ne pas enfermer le juge dans des formules trop rigides et en réaction complète contre les prescriptions trop étroites de la loi Aquilia qui ne réprimait que trois catégories de faits déterminés. Les rédacteurs du code civil ont abandonné cette limitation, laissant le champ libre à l'interprète, pour que toutes les catégories de faits fautifs puissent être soumises à des sanctions. « Tout fait quelconque de l'homme (le législateur, dans une concision excessive, a omis d'en signaler même le caractère illicite) qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer. » (Art. 1382 du C. Civ.) : Ainsi est exposé le principe fondamental de la responsabilité délictuelle ; il est complété par les stipulations de l'art. 1383, C.Civ. qui expriment simplement que l'intention en pareille matière, non plus que le caractère positif ou négatif du devoir enfreint ne sont prises en considération pour apprécier la nature de la faute ni l'étendue de la créance indemnitaire : « Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence et son imprudence » (Art. 1383, C.Civ.). En réalité, la loi nous interdit d'être maladroits, comme elle nous défend d'être malhonnêtes. C'est là l'obligation légale qui se trouve à la source de l'idée même de faute, mais ce concept ne peut se dégager qu'à

la suite de l'emploi de la méthode expérimentale : elle seule permet de déceler l'existence du principe supérieur de droit qui nous enjoint, dans un intérêt social, d'agir toujours avec adresse pour ne jamais léser autrui.

Ce précepte obligatoire de nous conduire avec habileté dans les circonstances les plus habituelles de l'existence, pour ne pas nuire à autrui, s'incorpore en un certain nombre de devoirs qui peuvent être ainsi résumés : d'après Planiol et Ripert, t.II, n° 865 : il faut d'abord s'abstenir de toute violence envers les personnes et les choses, s'abstenir de toute fraude, c'est-à-dire de tout acte destiné à tromper autrui, s'abstenir de tout acte qui exige une certaine force et une certaine habileté que l'on ne possède pas au degré voulu, enfin, exercer une surveillance vigilante sur les choses dangereuses que l'on possède ou sur les personnes dont on a la garde ; les deux premières obligations sont absolues : la violence et la fraude contiennent en puissance tous les délits civils, en raison de leur élément intentionnel, la volonté de nuire volontairement à autrui ; l'infraction aux deux autres règles constitue le quasi-délit, c'est-à-dire la faute proprement dite, sous forme de maladresse, inattention, imprudence, négligence ou inobservation des prescriptions légales, en bref, une contravention involontaire aux méthodes pratiques de conduite dans la vie. La faute, au sens large de délit ou de quasi-délit, peut résulter soit d'un acte positif, soit d'un acte négatif, pourvu, dans l'un et l'autre cas, qu'il y ait violation d'une obligation préexistante, ce qui explique que la Cour de cassation laisse les juges du fait maîtres de constater les éléments constitutifs des fautes, mais se réserve l'appréciation de la question de droit

qu'est l'existence et la violation d'une obligation antérieure à la faute.

La faute n'existe juridiquement que par ses résultats ; la morale seule se préoccupe des intentions et les sanctionnent, le droit qui a pour fondement profond l'utilité sociale ne peut et ne doit intervenir que s'il y a trouble dans les relations humaines ; assurément, la faute se révèle être un acte contraire au droit, mais la condition indispensable de la sanction est le dommage subi par la victime, dommage matériel ou pécuniaire, atteinte à la vie ou à la santé, préjudice moral.

L'exercice légitime d'un droit ne peut jamais constituer une faute puisque la mise en œuvre de l'action n'est que l'aboutissement logique et normal d'une prérogative dans l'ordre juridique. De tous temps, ce principe a été reconnu et Gaïus, dans le Digeste, livre I, titre 17, fr. 55, en énonçait déjà le principe : « *Nullus videtur dolo facere, qui suo jure utitur* ». De nos jours, cette idée est battue en brèche par une partie de la doctrine et même par certains législateurs qui considèrent qu'il peut y avoir usage abusif des droits. C'est là une logomachie, car l'usage d'un droit ne peut être que licite et ce qui peut être abusif, c'est d'agir contrairement au droit : c'est son dépassement qui est illicite et alors il n'y a plus usage légitime d'une prérogative, mais violation du droit, indépendamment de toute volonté de nuire à autrui ; cette intention ne peut être prise en considération que dans des cas assez rares, quand la mise en œuvre du droit procède uniquement d'un but malicieux, sans avantage réel pour son titulaire.

Il ne suffit pas qu'une faute, source d'un préjudice, ait été commise pour ouvrir droit à réparation ; la victime doit encore établir un rapport de

cause à effet entre ces deux éléments ; il faut bien reconnaître que, souvent, c'est là une importante difficulté. Assurément, la jurisprudence ne s'embarasse pas de subtilités : elle statue en fait et il faut avouer que c'est la seule et la plus sage méthode à employer, en raison de l'infinie variété des espèces soumises aux tribunaux.

Cependant, la question de causalité a été discutée, surtout par les juristes allemands ; il est fréquent, en effet, qu'un dommage soit la résultante de plusieurs fautes inextricablement mêlées. A laquelle faut-il donner la préférence, notamment lorsqu'il est avéré qu'il y a faute de la victime et de l'agent du délit ? Doit-on donner la préférence à la plus voisine de la réalisation de l'acte illicite (*causa proxima*) ou tenir compte de leurs caractères propres, de leur participation au résultat (théorie de la causalité adéquate) ? Il est très difficile de se prononcer, en théorie tout au moins, les événements humains variant avec une prodigieuse mobilité et un caprice infini. De toute manière, la constatation indispensable du lien de causalité entre la faute et le dommage conduit à ne retenir que le préjudice direct résultant de la perpétration du fait répréhensible à l'exclusion de tout dommage indirect puisqu'il ne peut être attribué à la personne en faute. Pour la même raison, le cas fortuit ou de force majeure conduit à l'exonération de l'agent du dommage, même s'il s'agit du fait d'un tiers. Il en est également de même, si la faute incombe uniquement à la victime. Si la faute est partagée entre celle-ci et l'auteur du tort, il faut opérer une ventilation entre les causes et chaque partie prend à sa charge, suivant leurs conséquences respectives, une partie du dommage, théoriquement d'après les lois de la causalité, mais, en pratique, au contraire et plus sim-

plement, d'après la gravité apparente des fautes commises.

Respectant les principes de la théorie spiritualiste sur l'imputabilité morale, le droit français n'admet que la responsabilité des personnes douées d'intelligence et de volonté, malgré les efforts des partisans de la philosophie matérialiste qui voudraient placer l'obligation de réparer le tort causé sous l'égide du simple rapport de causalité entre le dommage et le préjudice ; il faut reconnaître que tout au moins, en cette matière, ils ont raison. Quoiqu'il en soit, la jurisprudence respecte et suit les vieux préceptes. Par ailleurs, en application de normes fondées sur l'équité et la nature, le mineur, aux termes de l'art. 1310, C.Civ. : « n'est point restituable contre les obligations résultant de ces délits ou quasi-délits ».

Il faut noter, en outre, qu'il y a solidarité, d'après les dispositions de l'art. 55 du code pénal, étendue assez arbitrairement à la matière par les tribunaux, entre les co-auteurs d'une faute ; il est juste d'ajouter que la plupart des décisions de justice légitiment leurs sentences par la nécessité de la réparation et ont créé, de toutes pièces, une théorie de la solidarité imparfaite tenant compte de la circonstance que les agents du délit ne se représentent pas mutuellement ; ils appliquent cette doctrine dans de nombreux cas et les articles 1205 à 1207 du C.Civ. ne peuvent être mis en jeu, en l'occurrence.

Au surplus, pour l'exécution de la condamnation ayant pour fondement une infraction pénale, la victime peut user, si elle le juge bon, de la contrainte par corps, en cas de résistance du débiteur.

En matière contractuelle et, sauf exceptions résultant de rares textes, le débiteur n'est responsable que de fautes présentant un certain caractère de gra-

vité : en matière délictuelle ou quasi-délictuelle, toute distinction disparaît quant à l'importance du manquement commis, car l'obligation légale sanctionnée par les art. 1382 et 1383, C.Civ., est un devoir d'abstention forcément plus strict que les obligations de faire qui constituent la majorité des obligations conventionnelles. C'est ce caractère absolu de la prescription supérieure de droit qui influe sur la sévérité de l'appréciation.

Au point de vue de la preuve, il faut marquer aussi une autre différence entre les deux catégories de fautes. La faute contractuelle n'a pas besoin d'être prouvée puisque l'inexécution de la convention dont la preuve est rapportée par le créancier contraint le débiteur récalcitrant à justifier, s'il le peut, de son exonération, tandis qu'en cas de faute délictuelle, comme il n'existe pas de lien de droit entre les parties, pas de « *vinculum juris* » mais une contravention à une obligation préexistante non écrite, il faut nécessairement que le créancier de l'indemnité fasse la preuve de son droit.

Cette violation d'une obligation antérieure au délit est un fait productif d'une obligation nouvelle complètement distincte de l'obligation primitive, et, indépendamment de toutes autres sanctions, n'ayant pas le même objet, car quel que soit le devoir social violé, la faute lui substitue une créance de réparation, ordinairement pécuniaire, de la lésion causée. Toute personne ayant intérêt a le droit d'être indemnisée et, en principe, tout au moins, il est attribué autant de réparations individuelles que de créanciers. L'action se transmet, en général, suivant le droit commun. Les tribunaux jouissent de la plus large liberté pour ordonner le mode de réparation qu'ils estiment bon, mais, de toute façon, l'indemnité, en définitive, si l'on fait abstraction des ap-

parences, est, toujours, une somme d'argent. La réparation du dommage doit être intégrale, sans distinction entre les dommages prévus et imprévus et sans avoir égard à la bonne ou mauvaise foi de l'auteur de la faute. L'action se prescrit, sauf lorsqu'il y a crime, délit ou contravention, par trente ans (art. 2262, C. Civ.) à compter de l'infraction à l'obligation de faire ou de l'inexécution constatée pour l'obligation de ne pas faire (nous verrons plus loin, qu'il existe, en certaines matières, des dérogations au droit commun). Le juge compétent est celui du domicile du défendeur ou celui du lieu de la faute (art. 2 nouveau du C. Pr. Civ.).

Au terme de cet examen rapide de ces deux catégories de fautes, nous devons souligner les différences existant entre elles : tout d'abord, la faute contractuelle est celle qui se commet à l'occasion de l'exécution d'une convention, c'est la violation de la loi du contrat. La faute délictuelle est un fait productif d'obligation qui se produit entre deux personnes étrangères l'une à l'autre, entre lesquelles n'existe aucun « *vinculum juris* ». Cette classification est contestée par d'éminents civilistes qui affirment, en présentant de sérieuses raisons, l'unité de la faute : par delà les apparences, qu'il y ait obligation légale de ne pas nuire à autrui ou obligation conventionnelle, la nécessité de réparation est identique, en cas de violation, et obéit aux mêmes règles. La distinction dépend de la nature de l'obligation méconnue, ordinairement négative, dans le premier cas, généralement positive dans le second.

Quoiqu'il en soit, d'après la doctrine courante, une différenciation existe et aboutit aux conséquences suivantes :

1° la responsabilité délictuelle est engagée par

la faute la plus légère, tandis qu'en règle générale, la responsabilité contractuelle suppose un manquement présentant un certain caractère de gravité ;

2° la réparation du délit ou du quasi-délit est intégrale et vise tous les dommages prévus ou imprévus ; les dommages-intérêts alloués lors de la mise en jeu de la responsabilité contractuelle, ne peuvent, sauf en cas de dol, indemniser que les dommages prévus au moment de l'accord de volontés ;

3° il est interdit de se prémunir, par des clauses appropriées, contre ces délits ou quasi-délits ; au contraire, ces stipulations sont admises sauf pour le dol et les fautes lourdes, lorsqu'il s'agit de responsabilité contractuelle ;

4° la faute contractuelle est présumée et c'est au débiteur à démontrer son exonération ; la faute délictuelle doit être prouvée par la victime.

La démarcation n'est par toujours aisée à établir entre les deux catégories de fautes déclenchant des responsabilités différentes ; on en peut fournir un court exemple : le propriétaire d'un manège forain est-il responsable *ex-délicto* des accidents survenus à ses clients ? Il a été jugé, et cette solution semble la plus sage, qu'il y a mise en jeu, en l'espèce, de la responsabilité délictuelle, le contrat de location de place dans cette attraction ne comportant pas de garantie spéciale contre certains risques, dans les hypothèses normales ; il a été décidé, au contraire, qu'on pouvait voir là une responsabilité contractuelle en vertu de la convention verbale intervenue entre les parties.

Un même fait peut-il, par ailleurs, constituer une faute de l'une et l'autre espèces ? Il est hors de doute que lorsque la faute civile se double d'une in-

fraction pénale, la victime a le choix, suivant son intérêt, entre les deux responsabilités, bien que ce résultat soit choquant, car, en ce cas, on trouve, d'après la jurisprudence, co-existence de la violation d'un contrat et faute délictuelle. Certains arrêts de justice sont même allés plus loin dans cette voie, en découvrant des fautes délictuelles dans des violations de contrats, en dehors de toute infraction pénale, quand le dol était caractérisé.

Ainsi que nous l'avons dit, notre étude se plaçant hors du terrain du droit pénal, la responsabilité des administrateurs des sociétés anonymes ne peut être, pour ce qui nous occupe, que contractuelle, par inexécution ou violation de mandat vis-à-vis de la société, et, délictuelle, à l'égard des actionnaires et des tiers. Cependant, en raison des actions récursoires qui peuvent compéter à la société, ensuite du défaut de contrôle ou de surveillance des membres du conseil sur le personnel salarié de l'entreprise, il nous faut, très rapidement, donner un aperçu succinct d'un autre aspect de la responsabilité délictuelle, à savoir de la présomption de faute pesant sur l'employeur du fait de ses préposés.

Dans certains cas déterminés, la loi, au lieu de laisser la victime du délit ou quasi-délit faire la preuve de son droit, présume la faute, dispensant ainsi le demandeur de toute justification du bien-fondé de sa prétention (art. 1384, parag. 3, C.Civ.). C'est ce qui se produit, notamment, en ce qui concerne la responsabilité du patron, purement civile, ne présentant à aucun titre le caractère d'une peine, mais seulement d'une réparation, pour les faits illécites commis par ses employés (la loi dit préposés) ce qui comprend, outre les employés proprement dits, les ouvriers, pendant qu'ils sont à son service. Il faut de suite remarquer que cette responsabilité

du fait d'autrui repose non plus comme jadis sur l'idée que le commettant a effectué un mauvais choix de son personnel ou qu'il le surveille trop mollement (il ne peut proposer aucune excuse pour son exonération) mais sur la notion d'entreprise : le patron, prenant le profit pour lui, doit supporter tous les aléas et risques de son affaire si ses préposés causent préjudice à autrui. De là provient le caractère particulièrement strict de cette responsabilité qui n'admet aucune preuve contraire et la subordonne aux seules conditions que : 1° l'auteur du dommage soit réellement le préposé de la personne que l'on veut rendre civilement responsable ; 2° l'acte dommageable ait été commis par l'employé, *dans l'exercice ou à l'occasion de ses fonctions*. Bien entendu, l'employeur, condamné de la sorte, possède une action récursoire contre le véritable auteur de la lésion si celui-ci est solvable et responsable de ses actes (Cass.Civ. 16 Juillet 1928, D.H. 1928-477 P.). Dans l'hypothèse d'une société anonyme, civilement responsable des actes illicites d'un simple préposé, non seulement elle peut user de son recours contre le coupable, mais actionner le président-directeur général ou les membres du conseil, suivant les cas, pour défaut de contrôle des actes de ce subordonné, s'il est relevé, à la charge du ou des mandataires sociaux, des négligences ou un défaut de surveillance, pourvu que celle-ci rentre dans l'exercice normal des fonctions (ce qui ne serait pas le cas, si l'entreprise comprenait, en sous-ordre, des directeurs suppléant, pour ce contrôle, le président-directeur général ou le conseil).

Les causes de responsabilité des administrateurs peuvent, maintenant, être étudiées, après que les principes fondamentaux ont été expliqués, relativement à la distinction des fautes. Pour la clarté de

l'exposé, et, quoique, vis-à-vis de la société, nous relevions toujours à la charge des membres du conseil, des fautes contractuelles commises, dans l'exercice de leurs fonctions, et, à l'égard des actionnaires et des tiers, des fautes délictuelles, nous les rattacherons, suivant une classification simple, à quatre chefs : infractions aux dispositions de la loi, violation des statuts, fautes de gestion, délits ou quasi-délits. La première subdivision comprendra elle-même, la responsabilité encourue pour nullité de la société anonyme, lors de la constitution ou d'une augmentation de capital, par l'inobservation des conditions et formalités imposées par les art. 1 à 4, 8, 22 à 25, 41 et 42 de la loi du 24 Juillet 1867, ainsi que celle assumée pour nullité des actes et délibérations postérieurs à la formation de la collectivité, puis la responsabilité qui incombe aux administrateurs pour le cas de nullité causée par un défaut ou un vice de publicité. Nous examinerons, ensuite, les autres infractions aux dispositions de la loi sanctionnées suivant d'autres règles et terminerons cette première partie par l'étude de la responsabilité des administrateurs pour distribution de dividendes fictifs. La responsabilité résultant, pour les administrateurs, des actes des mandataires subdélégués et des agents de la société terminera notre chapitre après la quatrième partie de notre exposé.

PREMIÈRE PARTIE

RESPONSABILITÉ DES ADMINISTRATEURS CONSÉCUTIVE AUX NULLITÉS CONSTITUTIVES OU ASSIMILÉES. — Toute société doit être constituée suivant un assez étroit formalisme régi par les art. 1 à 4, 8, 22 à 25, 27, 28, 30 et 41 de la loi du 24 Juillet 1867, tels qu'actuellement modifiés à diverses reprises. Cette minutie, qui s'applique également aux augmentations de capital, a pour but la garantie des tiers et surtout la sauvegarde des intérêts des futurs actionnaires. De toute infraction résulte une nullité d'ordre public, d'aucuns disent, en raison de son caractère tout à fait spécial et original, une nullité absolue, d'intérêt privé général.

Cette réglementation particulière ne vise pas, et il faut bien y prendre garde, même pour l'observation des règles de la responsabilité encourue, les nullités de droit commun à raison d'un vice affectant soit les contrats en général, soit le contrat de société en particulier ni, par ailleurs, les nullités pour erreur, dol ou fraude dans l'approbation des apports en nature et des avantages particuliers. Cette procédure étant régie par les règles habituelles. Par contre, il faut retenir, comme soumises aux principes spéciaux qui vont être exposés, les actes et délibérations postérieurs à la constitution (ce qui comprend les décisions du conseil d'administration) et par là il faut entendre certaines opérations effectuées au cours de la vie sociale (augmentation et réduction de capital, fusion, transformation) et les mesures adoptées par les assemblées ordinaires et extraordinaires, remarque faite que les administrateurs, pour

ce qui concerne ces dernières, peuvent, seulement, être retenus comme garants des irrégularités commises si celles-ci proviennent de l'inobservation des prescriptions sanctionnant le mode et le délai de convocation ; ils ne pourraient être recherchés si la nullité découlait de formalités omises au cours de la tenue de l'assemblée, dans la rédaction et la signature du procès-verbal, ou si le vice résultait des résolutions votées par l'assemblée générale, même sur la proposition du conseil, et qui seraient antistatutaires ou contraires à la loi, la faute étant commune en cette dernière hypothèse, au conseil et aux actionnaires et ne constituant pas le fait personnel des administrateurs, envisagés collectivement ; il n'y aurait alors, de leur chef, ni responsabilité vis-à-vis des tiers ni, à fortiori, à l'égard des actionnaires

Nous ne pouvons entrer dans le détail des nullités constitutives ou assimilées, ce serait long et fastidieux et déborderait notre sujet. Nous ne pouvons que nous en tenir aux généralités. Toutes les règles anciennes demeurent inchangées sous la nouvelle législation résultant du texte du 16 Novembre 1940.

La nullité, bien qu'absolue, n'opère jamais de plein droit, elle doit être prononcée à la requête d'un intéressé ; sous réserve des formalités de régularisation dont il sera fait état plus loin, les tribunaux ne peuvent se dispenser de déférer à la demande. Mais (Cass. 12 Juin 1901, J.S. 1901-19) le tribunal statuerait « *ultra petita* » et devrait être cassé s'il prononçait la nullité d'une société quand les parties invoquent seulement la nullité de clauses modificatives ; il pourrait, toutefois, déclarer la nullité de la société (Cass. 2 Août 1881, S. 83-I-404, Hémar, n° 435), si, sous forme d'action en dissolution, sa validité était mise en cause ou si, à l'occasion d'une action tendant à mettre en jeu la responsabilité des

fondateurs, les demandeurs avaient relevé des irrégularités dans la constitution (Houpin et Bosvieux, Traité général des sociétés, t.I, p. 912, note 3). Peu importe que cette action ne soit pas assortie d'une instance en responsabilité contre les fondateurs et les premiers administrateurs. L'introduction de l'action en nullité, mal fondée, ne peut donner lieu à des dommages-intérêts, sauf si la mauvaise foi du demandeur est établie, en raison du caractère d'ordre public des dispositions de la loi ; la témérité du demandeur, sa faute lourde, contrairement aux dispositions du droit commun, ne suffirait pas à justifier sa condamnation. L'action doit être dirigée contre la société elle-même, en la personne des administrateurs formant son conseil d'administration.

La nullité peut être demandée sous forme d'action principale ou proposée par voie d'exception. Elle peut même être invoquée lors d'une instance engagée dans un intérêt lié à l'existence de la société, d'une façon incidente ou accessoire et, dans cette hypothèse, le juge de l'action, suivant l'adage est juge de l'exception, la société pouvant ainsi être distraite à ses juges naturels « *ratione materiæ vel ratione loci* ». La nullité ne produit effet qu'à compter de la décision judiciaire la prononçant. La dissolution de la société ne met pas obstacle à l'exercice d'une action en nullité émanant de tiers mais, en ce qui concerne les associés, la nullité produisant des effets analogues à la dissolution, leur demande devra être généralement repoussée comme dénuée d'intérêt. La faillite ou la mise en liquidation judiciaire ne sont pas non plus des fins de non-recevoir à l'encontre d'une poursuite en annulation.

Selon l'opinion commune, le jugement qui rejette la nullité ne produit, suivant l'art. 1351 du Code civil, qu'un effet relatif, restreint aux parties

en cause, mais la décision qui l'admet est nécessairement opposable « *erga omnes* », puisqu'elle produit des effets généraux et indivisibles. Conformément aux dispositions de la loi du 24 Juillet 1867 (art. 59 nouveau), la nullité de la société doit faire l'objet de mesures de publicité (v. aussi l'art. 7, 5° de la loi du 18 Mars 1919).

Tout intéressé ayant un intérêt pécuniaire, juridique et légitime, peut demander, sans avoir à justifier, en règle générale, d'un préjudice, l'annulation de la société. Lorsque la nullité n'aura été réparée ou prescrite, elle conserve son caractère d'ordre public sauf qu'elle n'agit pas de « *plano* » ; il en résulte que tout intéressé, même y ayant renoncé, peut s'en prévaloir, qu'aucune confirmation expresse ou tacite ni aucune renonciation ne sont valables, en dehors des procédés de réparation ou de la prescription prévues par la loi, qu'aucune clause statutaire prohibitive ou d'avis n'est opposable, en semblable matière, suivant la rigueur des principes et même avant le décret du 31 Août 1937 qui a ajouté à l'art. 17 de la loi du 24 Juillet 1867, quatre alinéas nouveaux, dont le second semble, mais ce n'est qu'une apparence, prohiber, en toute hypothèse, les stipulations de ces deux espèces.

En droit commun, les nullités absolues résultant de dispositions impératives ou prohibitives de la loi, agissent, de plein droit et immédiatement, sans constatation ni prononciation judiciaire de l'annulation ; tout intéressé peut s'en prévaloir sans qu'il puisse lui être opposé ni confirmation ni prescription valables. Relativement à la question qui nous intéresse, le législateur se montre beaucoup plus compréhensif et indulgent puisque la nullité n'opère pas de plein droit ni immédiatement bien que pouvant être proposée par tout intéressé, et, par ailleurs,

l'art. 8 de la loi du 24 Juillet 1867, prévoit la réparation des vices par une sorte de confirmation expresse et par prescription, dans ses paragr. 3 et suivants (rédaction du 30 Octobre 1935) : « Si, pour couvrir la nullité, une assemblée générale devait être convoquée, l'action en nullité ne sera plus recevable, à partir de la date de convocation régulière de cette assemblée. — L'action en nullité de la société ou des actes et délibérations postérieurs à sa constitution est éteinte lorsque la cause de la nullité a cessé d'exister avant l'introduction de la demande ou, en tout cas, au jour où le tribunal statue sur le fond en première instance. Nonobstant la régularisation, les frais des actions en nullité intentées antérieurement seront à la charge du défendeur. — Le Tribunal saisi d'une action en nullité pourra, même d'office, fixer un délai pour couvrir les nullités... — Les actions en nullité ci-dessus visées sont prescrites par cinq ans. ». Ainsi, en cas de nullité d'une assemblée générale, il suffit, pour faire échouer une action, qu'avant signification de l'assignation, cette réunion ait été régulièrement provoquée. Que s'il s'agit de nullités constitutives ou relatives à une augmentation de capital (en l'occurrence, seule l'augmentation de capital serait en jeu sans incidence sur la formation initiale de la collectivité), ou d'annulation d'actes ou délibérations non constitutives (à l'exclusion des mesures de publicité et sous les réserves mentionnées plus haut) il est seulement nécessaire, pour éteindre l'action, que la régularisation intervienne avant l'introduction de la demande et, au plus tard, au jour où le tribunal de première instance, saisi de la contestation, ait rendu son jugement sur le fond du litige — il s'agit non d'une décision avant dire droit mais d'un jugement définitif statuant sur la contestation elle-même — (II

faut noter que la réparation du vice n'est plus possible pendant l'instance d'appel). Poussant la mansuétude plus loin, le législateur permet au juge, s'il l'estime équitable, d'après les circonstances de la cause, d'accorder, *même d'office*, un délai de grâce pour régularisation ; il semble même que le magistrat peut surseoir alors qu'il accueillerait la demande, étant implicitement entendu que l'action sera éteinte par l'effet de la réparation du vice dans le temps imparti par justice, les frais de l'action restant évidemment à la charge de la partie en tort. Au cas où le vice invoqué se révélerait être la cause d'un préjudice distinct pour eux, les demandeurs pourraient former, en outre, contre la société, une action en dommages-intérêts.

La régularisation produit un effet rétroactif et la cause de nullité est censée n'avoir jamais existé, sous réserve de l'application des actions pénales, s'il y a lieu, et, par ailleurs, remarque faite que l'action en responsabilité civile survit à la nullité s'il ne s'est pas encore écoulé trois ans depuis que celle-ci était encourue. Si les formalités de régularisation ont été elles-mêmes viciées, il n'en résulte pas obligatoirement que la société doive être déclarée nulle et il faudra, pour triompher, que le demandeur établisse l'irrégularité dont il se prévaut et l'inefficacité de la régularisation.

Si la régularisation n'est pas effectuée dans les cinq ans à dater du jour où l'action a pris naissance, cette dernière est prescrite, à condition qu'aucun acte interruptif n'ait été formalisé entre temps, à moins que la demande n'ait été abandonnée ou repoussée. A dire vrai, il s'agit moins d'une prescription que d'un délai de déchéance et les causes ordinaires de suspension de prescription ne sont pas applicables.

Il nous faut maintenant déduire les conséquen-

ces de l'annulation prononcée. En ce qui concerne les associés, deux situations peuvent se présenter : ou bien la société a fonctionné avant que la nullité ne soit acquise ou bien elle n'a procédé encore à aucune opération sociale. Dans cette seconde hypothèse, la collectivité est considérée, dans les rapports des actionnaires entre eux, comme n'ayant jamais existé ; chaque intéressé reprend son apport sauf compte à régler avec les fondateurs pour les dépenses initiales, la période préconstitutive ayant pu donner naissance à une société de fait, mais sauf aussi le recours à exercer contre les auteurs de la nullité. Dans le premier cas, le plus fréquent, la société ayant agi, la nullité est entièrement assimilable à une dissolution avant terme de la collectivité : les choses ne sont plus entières, la société a existé en fait, s'est constituée activement et passivement un patrimoine à répartir entre les ayants-droits, après paiement des dettes.

Suivant la doctrine admise, la liquidation et le partage des biens doivent s'effectuer suivant la commune intention des parties manifestée dans les stipulations du pacte social (voir notamment Cass. 15 Novembre 1892, Sirey 93.1.364). Tout doit donc se passer comme si les associés avaient mis d'eux-mêmes fin aux opérations sociales en prononçant la dissolution anticipée de l'être moral. Pour ce qui regarde les tiers, c'est-à-dire toutes personnes autres que les associés et leur ayants-cause à titre universel, la loi, dans l'art. 7, déclaré applicable par une jurisprudence prétorienne aux sociétés anonymes, précise que si la société est nulle et de nul effet à l'égard de tous les intéressés, *cette nullité ne peut être opposée aux tiers par les associés*. Dans leurs rapports avec la société et les actionnaires, les créanciers sociaux comme les créanciers personnels des associés peuvent donc (il y aura généralement antagonisme entre ces

deux catégories d'ayants-cause), à leur choix et suivant leur intérêt, ou exciper de la nullité, même s'ils avaient antérieurement connaissance du vice, ou considérer dans le passé la société comme valable et exiger l'exécution des obligations contractées à charge de remplir les leurs, sous la seule condition d'exercer une option indivisible et irrévocable. Au cas où un conflit s'élèverait entre ces deux catégories de tiers, les créanciers personnels des associés doivent être préférés. Parfois, d'ailleurs, en vue de profiter d'avantages statutaires compétants aux associés, leurs créanciers personnels feront prononcer, par le jeu de l'action oblique, la nullité, du chef de leurs débiteurs.

Dans tous les cas, les actionnaires de la société annulée ne peuvent être obligés, s'il y a lieu, que de compléter la libération de leurs actions sans être tenus autrement du passif social, à moins, bien entendu, hypothèse toute théorique, qu'ils ne se soient comportés comme des associés en nom collectif, auquel cas ils seraient tenus solidairement et indéfiniment de toutes les dettes de la collectivité. Il faut même leur reconnaître la faculté, en l'absence de tous créanciers, de refuser de parfaire leurs versements sur leurs actions, à moins que ceux-ci n'aient pour but d'établir entre eux l'égalité contractuelle.

Si, par suite d'une régularisation ou de l'achèvement de la prescription, la continuation de la société ne peut plus être mise en péril, les tiers, dont le titre est antérieur à la cessation de la nullité, ne sont pas dépourvus, contrairement à ce que l'on pourrait estimer, de tout recours : la loi leur interdit seulement de mettre en cause l'existence d'une personne morale qui a, dans la plupart des cas, donné des preuves certaines de sa vitalité mais, de même que le vice ne pouvait leur être opposé, de même

la régularisation (art. 7 de la loi de 1867) ne peut leur causer préjudice. Ils peuvent, suivant leur intérêt, soit exiger l'exécution des conventions passées avec la société, soit demander leur annulation pour cause de dol ou d'erreur, s'ils peuvent en rapporter la preuve, soit encore simplement conclure à l'allocation de dommages-intérêts, dans la mesure de la lésion éprouvée. Il est impossible, en effet, de faire table rase du passé.

La nullité de la société anonyme, quand elle est prononcée, se révèle la source d'un préjudice, souvent fort important. Quels sont les responsables qui peuvent être actionnés en réparation du dommage ? D'après l'art. 42 de la loi de 1867 : « Lorsque la nullité de la société ou des actes et délibérations a été prononcée... les fondateurs auxquels la nullité est imputable et les administrateurs en fonctions au moment où elle est encourue, sont responsables solidairement envers les tiers et les actionnaires du dommage résultant de cette annulation. La même responsabilité solidaire peut être prononcée contre ceux des associés dont les apports ou les avantages n'auraient pas été vérifiés et approuvés conformément à l'art. 24. — L'action en nullité et celle en responsabilité sont soumises aux dispositions de l'art. 8 ci-dessus. » Par ailleurs, l'art. 8, paragr. 6, stipule : « L'action en responsabilité pour les faits dont la nullité résultait, cesse également d'être recevable lorsque la cause de nullité a cessé d'exister, soit avant l'introduction de la demande, soit au jour où le tribunal statue sur le fond en première instance, soit dans le délai imparti pour couvrir la nullité et, en outre, que trois ans se sont écoulés depuis le jour où la nullité était encourue. »

La simple lecture de ces deux textes suggère immédiatement diverses réflexions : nous nous trou-

vons placés sur un terrain étranger au droit commun et l'interprétation des dispositions légales doit être restrictive ; le régime spécial de réparation, en matière de responsabilité pour inobservation de formalités constitutives et pour nullité des actes et délibérations postérieurs à la formation de la collectivité, se caractérise par divers traits originaux qu'il faut mettre en lumière, sans extension aux cas non prévus par le législateur.

Tout d'abord, une première remarque s'impose : Les personnes dont la responsabilité peut être mise en jeu sont nettement et limitativement déterminés par le texte : ce sont les fondateurs, les administrateurs en fonctions au moment où la nullité est encourue, les apporteurs en nature et bénéficiaires d'avantages particuliers (sauf, d'ailleurs, à faire peser, conformément aux principes habituels, l'incrimination sur des tiers complices ou co-participants des auteurs principaux). S'il s'agit de nullités d'actes et délibérations postérieurs à la constitution et sans rapport avec elle (notons que l'augmentation de capital est régie par les règles constitutives mais indépendante de la constitution proprement dite, si bien que sa nullité ne réfléchit pas sur la validité initiale de la personne morale), les administrateurs seuls, et, le cas échéant, les tiers ayant coopéré aux irrégularités, pourront être retenus. La responsabilité, au surplus, ne présente pas les mêmes caractères pour ces diverses personnes, tantôt elle sera obligatoire, tantôt facultative, tantôt principale, tantôt subsidiaire. Cette responsabilité, enfin, ne peut être mise en jeu qu'après annulation préalable de la société ou des actes et délibérations postérieurs à la constitution, sous la restriction incluse dans l'art. 8, paragr. 6, l'action pouvant survivre pendant trois ans au jour où la nullité était

encourue. Il y a, en principe, une connexité, ne disons pas, une indivisibilité, entre les deux actions, dans l'intention du législateur, sans doute pour que la responsabilité repose sur un fondement à l'abri de toute contestation. — Cependant, il a été jugé (Cass. 7 Janvier 1930, D. 1933-I-191) qu'il n'est pas indispensable pour l'exercice de l'action en responsabilité que la nullité ait été préalablement prononcée, si la société a légalement pris fin par sa faillite. — Pourtant, l'indépendance des deux procédures, ainsi que l'ont fort judicieusement fait remarquer des auteurs considérables, rendrait beaucoup moins fréquente l'exercice de l'action en nullité (Thaller n° 553, Hémarcl n° 722, Wahl note S. 1910-II-65) même sous le régime actuel où les facultés de régularisation sont nombreuses et aisées — il est des cas, cependant, où, pour des difficultés pratiques, souvent insurmontables, il ne peut y être procédé — et la prescription abrégée.

Cette responsabilité, tout à fait spéciale, dont les règles n'ont subi aucun changement, le 16 Novembre 1940, présuppose une infraction commise à certaines dispositions de la loi, indépendamment de tout dol et de toute fraude : il suffit que le demandeur établisse la contravention matérielle aux règles contenues dans les art. 1 à 4, 22 à 25 de la loi de 1867, ainsi que le préjudice qui en est résulté, pour triompher dans son procès, la nullité provenant de la violation des principes généraux du contrat de société ressortissant au droit commun quant aux principes de la responsabilité.

Si les infractions, visées aux termes ci-dessus, ont été la cause d'un préjudice distinct de la nullité, les intéressés pourront, sans attaquer la société en annulation ou sans provoquer la nullité des actes et délibérations postérieurs à la constitution,

intenter une action en responsabilité régie par les art. 1382 et 1383 du C.Civ. (Cass. 13 Février 1907, S. 1910-I-138. — Cet arrêt fait application de cette règle dans une espèce où des manœuvres dolosives avaient été employées par les fondateurs pour créer une société ayant pour objet l'exploitation de brevets sans valeur).

Par ailleurs, formée contre des personnes autres que celles mentionnées à l'art. 42 de la loi de 1867, l'action en responsabilité ne présuppose pas l'annulation préalable de la société ou des actes et délibérations postérieurs à la constitution. Là aussi, nous sommes sous l'empire du droit commun ; l'action sera recevable si le demandeur justifie d'une faute, d'un dommage et d'un rapport de causabilité entre ces deux éléments. Dans ce cas et, hors l'hypothèse où une infraction pénale aurait été commise, faisant jouer l'art. 55 C.Pénal, les tiers responsables ne pourront être condamnés « *in soludum* » que si la part de chacun dans la faute ne peut être déterminée ; la condamnation sera, par ailleurs, proportionnée à l'importance du dommage causé sans aucune distinction entre ses causes (Cass. 11 Juin 1929, J.S. 1931, 136 et la note).

Aux termes de l'art. 42 de la loi du 24 Juillet 1867, les responsabilités pèsent solidairement, tant à l'égard des actionnaires que des tiers (créanciers de la société, par exemple, ou porteurs de parts de fondateurs) sur les fondateurs et les premiers administrateurs et également, s'il y a lieu, sur les associés apporteurs ou bénéficiaires d'avantages particuliers, au cas d'inaccomplissement des formalités légales, en ces hypothèses ; le texte se réfère principalement à la constitution de la société parce que c'est la situation qui attire le plus l'attention par sa complexité. Il faudrait évidemment retrancher de

l'énumération limitative, les fondateurs, en cas de nullité d'augmentation de capital, et supprimer ceux-ci, ainsi que les apporteurs et attributaires d'avantages particuliers, s'il s'agit d'actes ou délibérations postérieurs à la formation de la collectivité. De même, lorsqu'il est question en toute éventualité des *premiers* administrateurs, il faut faire subir logiquement une rectification à la phrase de l'art. 42 et entendre seulement les administrateurs en fonctions au moment où des irrégularités postérieures à la constitution sont commises. Ce sont là des retouches de détail imposées par les circonstances et ces ajustements ne portent pas atteinte au texte légal ni ne déforment la pensée du législateur.

Assurément l'on comprend aisément qu'en cas de constitution, la responsabilité des fondateurs soit retenue en premier lieu puisque les formalités initiales leur incombent, qu'ils ont conçu l'idée de l'entreprise à fonder, l'ont créée, personnellement (ou par mandataires ou par prête-noms) ont dressé et signé les statuts, recherché des apports et des capitaux, recueilli les souscriptions, réuni les assemblées constitutives. D'une façon très générale, d'après la jurisprudence, en l'absence de toute définition légale, ont qualité de fondateurs tous ceux qui, même sans intervenir au pacte social, ont coopéré à la formation et à l'organisation initiale, pourvu que leur concours ait été, suivant la formule de la Cour de Cassation, dans un arrêt du 1^{er} Juillet 1930, assez étroit, direct et constant pour impliquer, par lui-même, une acceptation consécutive des responsabilités assumées. La responsabilité des fondateurs est principale puisqu'ils sont expressément indiqués, et en premier lieu, par la loi. Mais est-elle obligatoire ? — Non, répondent certaines décisions de justice, qui s'attachent à l'interprétation littérale d'un

membre de phrase « les fondateurs auxquels *la nullité est imputable* » (v. Cass. 21 Juillet 1890, J.S. 1891-266) ; si donc certains fondateurs n'ont pas pris une part active dans la perpétration des fautes reprochées, ils ne peuvent être recherchés à raison de celles-ci.

Il faut, cependant, interpréter le texte dans son esprit plutôt que de se livrer à un commentaire exégétique : il s'avère bien certain que le fondateur, même si sa bonne foi est reconnue, peut être actionné en responsabilité, s'il faisait partie des promoteurs de l'entreprise, quand bien même sa participation à l'irrégularité ne se révélerait pas en fait. Cette responsabilité lui incombe, en sa qualité de fondateur, parce qu'assumant une mission que rien ne l'obligeait à accomplir, il a failli à sa tâche. Il n'y aurait d'exception à cette règle, contraire, nous le reconnaissons, aux normes admises en matière de gestion d'affaires, que si un fondateur, *préssumé en faute*, rapportait la preuve qu'il n'a *absolument pas pu* connaître le vice constitutif *et a été victime d'une erreur invincible*. En tout cas, aucun d'eux n'est fondé à exciper de son ignorance ou des agissements des autres. Cette responsabilité principale et, à notre sens obligatoire, étant retenue, quelle est la situation des premiers administrateurs en fonctions au moment de la nullité) ? (La loi du 16 Novembre 1940, répétons-le, n'a établi aucune dérogation aux principes antérieurs).

En ce qui concerne la constitution, certains auteurs enseignent, à l'encontre des dispositions nettes et précises du texte légal, qu'en cette hypothèse, ils ne peuvent être recherchés, la formation de la collectivité n'étant pas leur œuvre. Quand ils sont nommés par l'assemblée constitutive, la société est créée — l'hypothèse serait la même pour les admi-

nistrateurs statutaires, car leur entrée en fonctions ne peut avoir lieu avant la formation de la personne morale et aucune obligation, à moins qu'ils n'aient la qualité de fondateurs, ne leur incombe de se substituer à ces derniers pour l'accomplissement des formalités légales — les nullités constitutives, s'il en est, sont acquises. Seules donc les irrégularités postérieures à la constitution pourraient leur être reprochées (Alauzet, n° 759).

Une autre théorie assimile les administrateurs statutaires aux fondateurs, elle ne retient pas la responsabilité des administrateurs nommés par l'assemblée générale, pour les mêmes raisons que ci-dessus (Pont, n° 1293).

En réalité, l'art. 42 ne fait nullement ces distinctions et son principe est simple : il retient, cumulativement, comme responsables, les fondateurs et premiers administrateurs, en présumant la faute des premiers et en retenant les seconds, statutaires ou non, selon le même préjugé, solidairement entre eux et avec les fondateurs, car ils ont le devoir de vérifier quelles que soient même leur incapacité ou leur incompétence à procéder à ce contrôle, avant de vaquer à leurs fonctions ou de les accepter, si la collectivité a été régulièrement formée ; ils commettent une faute personnelle en représentant une société atteinte d'un vice originel ; ils devaient renoncer à assumer la charge de leurs fonctions en se rendant compte de l'irrégularité commise. La jurisprudence se prononce dans ce sens : « attendu que, dit la Cour de Cassation (Ch. des R., 7 Janv. 1930, J.S. 1930-413), en vertu des dispositions de l'art. 42 de la loi du 24 Juillet 1867, les administrateurs... sont responsables des nullités encourues lors de la constitution, et cela par cela seul qu'ils

ont accepté le titre et les fonctions sans s'être assurés que toutes les prescriptions de la loi pour la constitution de la société avaient été rigoureusement et sincèrement remplies ; d'où il suit qu'en déclarant les administrateurs... responsables du non accomplissement des formalités essentielles prescrites par l'art. 1 de la loi de 1867, l'arrêt attaqué a légalement justifié sa décision... ». Par application de ces principes, l'administrateur statutaire qui a renoncé à ses fonctions, lors de l'assemblée constitutive, en apprenant l'existence de graves irrégularités ou l'administrateur nommé par l'assemblée générale qui, instruit du vice originel, a démissionné, dès sa désignation, ne peuvent être incriminés.

La responsabilité des mandataires sociaux ne pourrait pas être mise en jeu s'ils pouvaient exciper d'une impossibilité absolue de connaître le vice initial et ont été victimes d'une erreur commune et invincible. Nous retrouvons là, la même solution que pour les fondateurs : les administrateurs sont présumés en faute, sauf qu'il leur appartient de rapporter la preuve de leur exonération de toute responsabilité par la justification d'un cas fortuit déjouant les prévisions humaines et la surveillance la plus vigilante de l'homme attaché à l'accomplissement strict de ses devoirs. La responsabilité des administrateurs se révèle donc à la fois principale et obligatoire par l'effet d'une présomption de faute « *juris tantum* ».

Les apporteurs et bénéficiaires d'avantages particuliers, si les vérifications légales n'ont pas eu lieu régulièrement, dans la forme et dans le fond, peuvent être incriminés, mais dans cette hypothèse seulement. Leur responsabilité est facultative pour le juge et subsidiaire. Tout dépend du pouvoir souve-

rain des tribunaux qui apprécient, selon les espèces à eux soumises, s'il y a faute et l'étendue de la réparation. En principe, la responsabilité des ap-porteurs et bénéficiaires d'avantages particuliers est individuelle mais, dans certains cas, elle peut être solidaire, suivant l'appréciation de la justice, cette solidarité pouvant exister non seulement dans les rapports de ceux-ci entre eux, mais encore avec les fondateurs et administrateurs ; la jurisprudence ad-met encore que la responsabilité des commissaires chargés de vérifier les apports et avantages particu-liers, bien que le texte soit muet à leur égard, peut être engagée s'il peut leur être reproché des manœu-vres frauduleuses les rendant complices des associés ap-porteurs ou avantages, au cours de leur mission. Ils peuvent être déclarés responsables individuelle-ment ou, au contraire, solidairement avec les fon-dateurs, les premiers administrateurs et les appor-teurs ou bénéficiaires d'avantages en nature, de leurs fautes, selon les cas. Ainsi que nous l'avons relaté plus haut, les tiers qui, comme les commissaires vérificateurs, se sont associés, de mauvaise foi, aux irrégularités, peuvent être impliqués dans les pour-suites en réparation du dommage causé.

La situation se révèle beaucoup plus simple quand l'annulation d'actes et délibérations posté-rieurs à la constitution a été uniquement débattue, sous réserve du cas où il s'agit d'une augmentation de capital rendant nécessaire l'application des règles régissant la constitution des sociétés anonymes, sauf, qu'en cette hypothèse, les fondateurs ne sauraient être mis en cause. Dans toutes ces éventualités, les administrateurs en fonctions au moment où les ir-régularités ont été commises peuvent être actionnés en responsabilité solidaire de la nullité de la société. Il faut noter que depuis la loi du 1^{er} Août 1893,

la responsabilité spéciale dont il s'agit est restreinte au préjudice résultant de l'annulation, envers les tiers comme à l'égard des actionnaires.

RESPONSABILITÉ DES ADMINISTRATEURS CONSÉCUTIVE AUX NULLITÉS POUR VICES DE PUBLICITÉ. — Lors de leur constitution, au moment de leurs modifications statutaires ou de leur dissolution, quelque'en soit la cause, les sociétés commerciales sont tenues d'accomplir certaines formalités de publicité (nous n'entrerons pas dans leur détail, ce n'est pas la matière de notre travail), sous forme de dépôts au greffe du tribunal de commerce du siège social et de publications dans des journaux d'annonces légales. Les sociétés anonymes sont soumises comme les autres à ce régime qui a pour objet de renseigner les tiers sur toutes questions, relatives à l'organisation et au fonctionnement de ces collectivités pouvant les intéresser (nous négligerons, pour abrégier notre exposé, les déclarations à effectuer au registre du commerce qui, si elles visent aussi à donner des informations aux tiers, ont seulement un caractère administratif et pénal et ne peuvent pas engager la responsabilité civile des administrateurs). La publicité est régie par les art. 55 à 65 de la loi du 24 Juillet 1867 — un certain nombre d'entre eux ont été modifiés par un décret du 30 Octobre 1935 dans un but de simplification —. Toutes les formalités imposées et elles doivent être remplies dans un délai fatal, sont sanctionnées par la nullité soit de la constitution, soit des modifications statutaires qui doivent être révélées aux tiers, soit de la dissolution. La loi n'impose pas, il faut le souligner, la publication intégrale des statuts dans un journal d'annonces légales du siège social ou dans les journaux

de même catégorie des lieux et succursales ; mais on conçoit l'intérêt tout particulier qui s'attache à la publication, les moindres lacunes pouvant se révéler une source de contestations qu'un peu de vigilance aurait suffi à éviter.

Aux termes de l'art. 58 (nouveau) de la loi du 24 Juillet 1867 : « L'inobservation des formalités de dépôt et de publication prescrites aux articles précédents (55 à 57, et il faut y ajouter 59 et 61) entraînera la nullité de la société, sous réserve des régularisations prévues à l'art. 8. Toutefois, les associés ne pourront se prévaloir vis-à-vis des tiers de cette cause de nullité. » La nullité peut, bien entendu, résulter soit d'une omission totale ou partielle, soit de l'exécution imparfaite ou incomplète des formalités légales imposées aux associés.

Le décret du 30 Octobre 1935, en modifiant le régime ancien, qui avait prêté à bien des critiques pour sa rigidité, a, non seulement simplifié certaines formalités, mais assoupli la sanction en s'inspirant d'une considération pratique : assurément, l'infraction aux dispositions impératives ou prohibitives de la loi est grave dans ses conséquences, mais y a-t-il intérêt social à anéantir une collectivité qui exerce son activité et a, le plus souvent, donné des preuves certaines de vitalité, sous la seule raison qu'une contravention à des règles considérées, pour la garantie des tiers, comme d'ordre public, a été commise ? Le législateur, très sagement, ne l'a pas pensé. Par ailleurs, dans une idée d'unification, il a assimilé la nullité résultant de l'inaccomplissement des mesures de publicité à celle résultant de l'inobservation des formalités constitutives, la référence à l'art. 8 de la loi de 1867 en est la preuve évidente (nous devons noter au passage que cet art. 8 s'applique, en ce qui concerne les réparations des vices

de publicité, à toutes les sociétés commerciales indistinctement et non aux seules sociétés par actions). Dorénavant — depuis la publication du règlement d'administration publique du 17 Juillet 1936, mettant en vigueur le décret antérieur — un régime identique s'applique aux deux sources de nullités et de responsabilités, sous une légère restriction, *toute doctrinale, il est vrai, qui sera signalée plus loin.*

Le défaut de publicité, la publicité tardive ou incomplète par inobservation des dispositions légales, n'entraîne pas de plein droit la nullité de la société. Il faut qu'elle soit demandée par un intéressé, tout tiers ou associé ayant droit à s'en prévaloir. Il faut suivre, à cet égard, toutes les règles énoncées précédemment relativement à l'annulation pour inobservation des conditions et formalités constitutives ou assimilées. C'est ainsi que la nullité peut être opposée par voie d'action ou d'exception ou incidemment au cours d'une constatation relative aux intérêts de la société. La dissolution, la mise en liquidation de la société, sa faillite ou sa déclaration de liquidation judiciaire ne s'opposent pas, en principe, à l'annulation. Là aussi, le jugement, admettant la demande, jouit de l'autorité de la chose jugée « *erga omnes* ».

Par son caractère, cette nullité, comme celle résultant de la méconnaissance des principes régissant les formalités constitutives est d'ordre public, c'est donc une nullité absolue ; en réalité, c'est une nullité mixte, *sui generis*, bien que la Cour de Cassation l'ait qualifiée de « relative » (Cass. 5 Juillet 1900, R.S. 1900-491, et Cass. 27 Avril 1901, S. 1901-1-147). Plus exactement, il s'agit bien d'une nullité absolue mieux qualifiée par l'expression : « nullité absolue, d'intérêt privé général ». (V. Japiot, note Sirey 1913-II-81, et Wahl, Précis, n° 560 et 561).

Il a même été soutenu (Thaller, n^{os} 366 et 547) que cette nullité pour défaut de publicité n'est pas une nullité véritable à défaut de vice originaire qui n'existe pas, en l'espèce, l'irrégularité étant toujours postérieure à la constitution ou à l'acte non révélé aux tiers. Sa véritable formule serait que la société, non publiée, est sujette à dissolution anticipée dans les rapports des associés et est inopposable aux tiers.

M. Hémaré (n^{os} 211, 218, 219 et s.) considère le défaut de publicité seulement comme une irrégularité et la société s'imposerait à tous, dans le passé, pour ce qu'elle se serait révélée en fait. Ces théories sont séduisantes mais donnent prise au reproche capital de ne pas correspondre aux intentions du législateur qui a assimilé, partiellement dans le passé, et totalement dans le présent, les nullités pour défaut de publicité aux nullités constitutives.

Quelque soit la dénomination adoptée, les conséquences sont les suivantes :

1° La nullité, conformément aux principes habituels, n'est susceptible d'aucune renonciation ou confirmation expresse ou tacite mais *sous réserve des régularisations* visées à l'art. 8 (nouveau) de la loi de 1867, étudiées précédemment ;

2° Elle n'agit pas de plein droit, mais doit être opposée par un intéressé ;

3° Toute personne y ayant intérêt, même ayant connaissance des actes réels, tels qu'ils existent en fait, peut s'en prévaloir ;

4° Elle n'est pas, par dérogation aux normes usuelles, immédiate ;

5° Le demandeur en nullité ne s'expose pas à des dommages-intérêts pour action téméraire ou vexatoire ;

6° A notre sens, l'action se prescrit par cinq ans. Il y a cependant une raison d'en douter : l'article 58 nouveau de la loi de 1867 ne fait état que des *régularisations prévues à l'art. 8* ; or, dans la langue du droit, une régularisation, c'est strictement la réparation d'un vice ; la prescription ne peut porter cette dénomination « régularisation », puisque, précisément, c'est dans cette hypothèse, la *validation automatique d'un acte nul dont l'irrégularité n'a pas été couverte* ; elle ne peut donc pas être considérée comme une régularisation, *sinon par un abus de mots*. Néanmoins, la pensée du législateur, malgré l'inexactitude de terminologie, est certaine et il a assimilé la prescription dont il est fait état, d'ailleurs, dans le dernier alinéa de l'art. 8, à une réparation du vice.

Les effets de la nullité dans les rapports des associés entre eux ou avec les tiers ont déjà été examinés, lors de l'analyse précédente concernant les nullités pour inobservation des conditions et formalités constitutives, il suffira de s'y reporter, toutes les solutions étant identiques, *mutatis mutandis*. Il est, cependant, utile de préciser que dans le cas où une lacune ou une omission se révélerait dans l'extrait de documents publiés, les créanciers sociaux qui renonceraient à se prévaloir de la nullité pourront se voir opposer les clauses exigées par la loi mais non les stipulations restrictives ou dérogatoires au droit commun (Cass. 16 Août 1875. S.75-I-455).

Comme ci-dessus, les tiers, après régularisation ou prescription, pourront, suivant leur intérêt, demander la nullité des actes passés avec la société pour dol ou erreur, à condition d'en rapporter la preuve ou se contenter simplement d'actionner la société en dommages-intérêts pour réparation du préjudice causé, car, s'ils ne peuvent plus alors mettre en

cause l'existence de la société ou réduire à néant les modifications statutaires ou la dissolution tenues secrètes pour eux, le passé ne pouvant être que fictivement aboli, il faut leur appliquer, *en l'inversant*, le principe de l'inopposabilité de l'art. 58 nouveau de la loi de 1867, la validation ne pouvant leur être, plus que le vice lui-même, une cause de préjudice.

L'action ne responsabilité, lorsqu'il y a vice de publicité, est régie par les principes, inchangés par la récente législation, de l'art. 8 nouveau de la loi de 1867 et le lecteur se reportera à ce qui a été écrit précédemment à ce sujet : son exercice, à moins qu'il n'y ait dommage distinct de celui résultant de l'annulation, est conditionné par la constatation de la nullité mais la responsabilité, à défaut de précision *légale*, *n'est plus limitée à certaines personnes et dans des conditions variables* ; ce sont les règles ordinaires qui s'appliqueront (art. 1382 et 1383, C.Civ., art. 44 de la loi de 1867) et, en ce qui nous concerne, les administrateurs en fonctions au moment où la nullité aura lieu, pourront être recherchés dans la mesure du préjudice causé par la nullité ainsi que tous tiers chargés de procéder à la publicité.

RESPONSABILITÉ DES ADMINISTRATEURS POUR AUTRES VIOLATIONS DE LA LOI. — Outre les obligations générales imposées par la loi civile à tous mandataires et qui incombent également, en cette qualité, aux administrateurs des sociétés anonymes, certains devoirs spéciaux — nous en avons énuméré la plupart dans notre premier chapitre — sont assumés par les administrateurs et tous manquements aux dispositions légales qui les régissent entraînent, *ipso facto*, la responsabilité des membres du conseil, si leur

transgression, volontaire ou involontaire, a causé un préjudice à la société. En outre, si un dommage a été infligé à un tiers, celui-ci possède, sur le fondement des art. 1382 et 1383 C.Civ., une action en réparation. Il ne peut être question, en raison des dimensions restreintes de cette étude et de son caractère, de passer en revue toutes les obligations légales fort nombreuses dont l'inobservation entraîne une sanction civile. Nous nous contenterons d'en examiner quelques-unes, surtout à titre d'exemples, les mêmes principes s'appliquant à toutes, ainsi que nous l'avons démontré précédemment, sous les deux exceptions qui viennent d'être étudiées. La, aussi, nous remarquons que les règles antérieures à 1940 n'ont subi aucune modification.

Un premier devoir incombe aux administrateurs : ils doivent, tant en ce qui les concerne personnellement que pour ce qui regarde leurs collègues, veiller à la composition régulière, à tous égards, du conseil ; notamment (il n'est pas inutile de rappeler cette prescription nouvelle de notre législation), ils doivent veiller à ce que le nombre de ses membres ne soit pas réduit à moins de trois ni n'excède douze titulaires ; par ailleurs, la limitation du nombre des mandats que peuvent exercer les administrateurs et le président doit très particulièrement éveiller leur attention ; les sanctions se révèlent être, en effet, automatiques avec les mêmes caractères de nullités absolues, d'intérêt privé général, que les vices constitutifs ou de publication, pour toutes les infractions à la nouvelle législation du 16 Novembre 1940 : les décisions du conseil, irrégulièrement composé, entraînent l'inefficacité juridique de ses opérations, avec cette considérable et regrettable aggravation, quand il s'agit de contraventions à l'art. 3 relatif à la limitation du nombre des mandats d'un

président ou d'un administrateur, qu'en pareil cas, il ne résultera, en raison de la rédaction vague du texte, une cascade de nullités, car les délibérations et les actes de tous les conseils où aura figuré un administrateur en défaut seront indistinctement annulables, la loi ne limitant pas sa sanction aux postes exercés en surnombre. C'est un travail législatif déplorable que celui qui risque d'entraîner de telles perturbations dans les affaires alors qu'il eût été si simple de frapper d'une amende les administrateurs fautifs. Comme l'a fort bien dit M. Decugis (la loi du 16 Novembre 1940 relative aux sociétés anonymes, p. 45) : « Frapper de nullité de plein droit et sans aucune distinction toutes les délibérations prises, par exemple, par un conseil d'administration irrégulièrement composé, c'est vouer souvent à la ruine la société et les tiers de bonne foi qui ont traité avec elle. Des marchés importants, des contrats d'hypothèque ou de nantissement, des ouvertures de crédit, des émissions d'obligations, des augmentations ou réductions de capital, des fusions, des achats ou des ventes d'immeubles, des créations de succursales, des nominations ou des révocations de directeurs coupables, des transactions sur procès et toutes sortes d'opérations entièrement honnêtes et d'importance vitale, se trouvent nulles de plein droit pour une irrégularité que l'on ne pouvait, la plupart du temps, ni connaître ni empêcher... La nouvelle loi n'édicte aucune sanction personnelle contre l'administrateur en faute et frappe sévèrement les innocents. Elle favorise les procès de chantage et les manœuvres louches d'individus cherchant à se délier de leurs engagements. Un système qui conduit à de pareils résultats est indéfendable. — Dans la plupart des cas, le remède sera heureusement à côté du mal. La disposition nouvelle ajou-

tée à l'art. 8 de la loi de 1867 par le décret du 30 Octobre 1935, permettra de couvrir les nullités des actes et délibérations postérieurs à la constitution de la société. On pourra ainsi diminuer considérablement l'effet nocif de ces nullités. Il aurait mieux valu, cependant, se borner à punir les auteurs de ces irrégularités au lieu de revenir au système désuet des nullités automatiques qui frappent indistinctement les innocents et les coupables ».

Du point de vue spécial de la responsabilité civile, il sera prudent d'exiger, lors de leur entrée en fonctions, du président et des administrateurs, des attestations qu'ils remplissent les conditions légales, au sens de l'art. 3 de la loi du 16 Novembre 1940, de telle sorte qu'en cas de transgression, seuls les présidents et administrateurs répréhensibles supporteront le poids de leurs fautes, les collègues, sauf s'il est établi une connivence (invraisemblable, à vrai dire), entre les membres du conseil, pour commettre une fraude aux dispositions légales, ne pourront être poursuivis.

De plus, aux termes de l'art. 26 de la loi du 24 Juillet 1867 : « Les administrateurs doivent être propriétaires d'un nombre d'actions déterminé par les statuts. — Ces actions sont affectées, en totalité, à la garantie de tous les actes de la gestion, même de ceux qui seraient exclusivement personnels à l'un des administrateurs. — Elles sont nominatives, inaliénables, frappées d'un timbre indiquant l'inaliénabilité et déposées dans la caisse sociale ». La loi a établi entre les administrateurs une sorte de solidarité réelle sur la masse des actions affectées à la garantie de la gestion sans créer, cependant, les termes de la loi l'indiquent, une solidarité personnelle entre eux. En réalité, ce dépôt est un cautionnement solidaire : à la garantie individuelle résultant de

chaque cautionnement, la loi a substitué une garantie solidaire de tous les cautionnements. Le dépôt dans la caisse sociale équivaut à la constitution d'un gage pour faits de charge. Il était normal par suite de l'importance des intérêts sociaux et des pouvoirs attribués aux administrateurs pour la gérance des biens communs que l'on assortit l'entrée en fonctions des mandataires de la collectivité d'une obligation de dépôt d'une sûreté réelle, pour garantir les faits de gestion. Le nombre des actions de garantie est généralement déterminé par les statuts suivant l'importance du capital social ; strictement, les administrateurs devant nécessairement être choisis parmi les associés, la propriété d'un seul titre serait suffisante. Il ne suffirait, d'ailleurs, pas que la propriété repose sur la tête de leurs femmes ou qu'ils n'en aient que l'usufruit ou la nue-propriété, la loi exigeant formellement qu'ils soient propriétaires. La contravention à cette prescription pourrait, s'il en était résulté un préjudice, donner lieu, dans la mesure de celui-ci, à une condamnation à des dommages-intérêts. Il se peut que les prescriptions de l'art. 26 n'aient pas été suivies et que le pacte social ne prévoie pas le dépôt de garantie : en cette hypothèse, à la requête de tout intéressé, une assemblée générale extraordinaire des actionnaires devra être convoquée pour compléter les statuts (certains auteurs, des plus considérables, pensent, au contraire — Lyon-Caen et Renault, par exemple — qu'il sera inutile de compléter les statuts : la loi, disent-ils, prévoit le dépôt d'actions de garantie ; dans le silence du pacte social chaque administrateur devra obligatoirement déposer une action et une seule, les statuts étant censés avoir adopté comme règle le minimum). Lorsque les statuts ont déterminé le nombre d'actions à déposer, toute infraction à cette

obligation sera sanctionnée par le remplacement de l'administrateur fautif, après mise en demeure de régulariser sa situation. Si les collègues ne se sont pas opposés à l'exercice des fonctions du membre du conseil en contravention avec la loi, ils sont solidairement responsables avec lui du préjudice pouvant résulter de l'inobservation des prescriptions légales.

En raison de sa nature de cautionnement solidaire, répondant des actes de gestion de tout le conseil, le dépôt obligatoire de la garantie doit être maintenu jusqu'à la reddition de comptes du conseil entier, même si l'un des administrateurs a dû cesser, entre temps, ses fonctions. Les titres sont donc inaliénables et restent, sous la forme nominative et frappés d'un timbre indiquant leur indisponibilité, dans la caisse sociale jusqu'au quitus donné au conseil, par l'assemblée générale ; il n'est nullement obligatoire de séquestrer les actions de garantie, depuis la suppression de l'ancien quitus aux effets immédiats (art. 17, paragr. 3 de la loi de 1867, modifié par le décret du 31 Août 1937) jusqu'à l'expiration du délai nouveau de la prescription des faits de charge des administrateurs (3 ou 10 ans, suivant les cas, selon l'alinéa 4 de l'article précité, tel que complété en 1937) quoique l'opinion contraire ait été nettement soutenue par M. Cordonnier (J.S. Juin 1939, p. 330) : « Les sociétés anonymes ne pourront désormais, sans imprudence, remettre à un administrateur démissionnaire (ou à la succession d'un administrateur défunt) avant l'achèvement du délai de forclusion, les actions déposées en garantie par ce dernier, car, jusqu'à cette date, la responsabilité civile dudit administrateur envers la société peut être mise en cause. Rigoureusement et puisque cette responsabilité ne s'éteindra certainement qu'après

trois ans (en supposant qu'il n'y ait pas de faute criminelle) les actions de garantie devraient même être conservées par la société jusqu'à l'accomplissement de cette prescription. Mais si la gestion, *lato sensu*, a été prudente et régulière, le danger d'une restitution des actions de garantie avant la fin de la prescription triennale (ou décennale) sera souvent négligeable, surtout si le nombre et la valeur desdites actions sont minimes. » Et en note : « Dans ce cas, et à titre de précaution, la société pourrait faire signer à l'administrateur sortant ou aux héritiers de l'administrateur défunt, l'engagement de rapporter la valeur des actions de garantie, en cas de responsabilité ultérieurement reconnue pour fautes antérieures à la retraite ou au décès. » Malgré la grande autorité de M. P. Cordonnier, il est permis de douter de l'exactitude de la solution nouvelle préconisée : l'art. 26 de la loi de 1867 n'a pas été modifié et la suppression de l'ancien quitus, corrigé dans une certaine mesure par l'abréviation de la prescription, ne saurait avoir l'effet d'imposer une prolongation du dépôt de garantie. La loi dit seulement : « Aucune décision de l'assemblée générale ne saurait avoir pour effet d'éteindre une action en responsabilité contre les administrateurs... pour faute commise dans l'accomplissement de leur mandat ». Cela ne signifie pas que le quitus soit dépourvu de valeur mais simplement que le législateur (il faut reconnaître qu'il suppose une incapacité et un aveuglement qui ne sont pas à l'honneur des actionnaires), pensant que l'approbation de la gestion a pu être entachée d'erreur ou de dol, permet la révision de l'appréciation première des actionnaires sur l'exactitude des faits soumis à leur censure ; en cette éventualité, le quitus n'est plus libératoire inconditionnellement comme par le passé (sauf pour erreur

ou fraude ainsi que l'admettait déjà la jurisprudence) ; le compte rendu approuvé de la gestion est bien toujours définitif (après sa reddition les actions doivent donc être restituées aux intéressés) mais sauf faculté de révision. Au surplus, M. P. Cordonnier sentant bien les arguments à lui opposer, entoure tout aussitôt son postulat de restrictions qui en détruisent l'effet, sa note en est une preuve, car on ne voit pas bien quelle sécurité supplémentaire la société peut tirer d'un engagement de rapport, le cas échéant, de la valeur des actions. En pareil cas, il apparaît donc nettement qu'il n'y a pas nécessité à changer la solution ancienne et que ni la responsabilité de la société ni celle des membres du nouveau conseil ne peuvent être engagées pour avoir négligé de retenir, pendant le délai d'épreuve, les actions de garantie des administrateurs sortis de charge, après l'obtention du quitus de l'assemblée générale des actionnaires de la société. Bien au contraire, ce serait à notre sens, la solution inverse qu'il faudrait prévoir, en cas de non restitution des actions de garantie, car, le compte rendu de gestion approuvé, la société n'a aucun droit à la rétention de ces titres, nulle faute n'ayant, par hypothèse, été relevée, à la charge des anciens mandataires sociaux qui ont le droit strict d'exiger, immédiatement après l'assemblée générale et sans prendre aucun engagement supplémentaire, non prévu, d'ailleurs, par la loi, la remise du dépôt de garantie effectué par chacun d'eux.

Par ailleurs, l'art. 34 de la loi du 24 Juillet 1867 (texte du 8 Août 1935) stipule : « A la clôture de chaque exercice, le conseil d'administration établit un inventaire, un compte de profits et pertes et un bilan. Il établit, en outre, un rapport aux actionnaires sur la marche de la société pendant l'exercice

écoulé. » L'article 35 ajoute : « Le bilan et le compte de profits et pertes présentés à l'assemblée des actionnaires doivent être établis chaque année dans la même forme que les années précédentes et les méthodes d'évaluation des divers postes doivent être immuables, à moins que l'assemblée générale, après avoir pris connaissance des motifs exposés dans le rapport des commissaires, n'approuve expressément chacune des modifications apportées, soit au mode de présentation des chiffres, soit aux méthodes d'évaluation. » Le décret du 8 Août 1937 a complété ainsi cet alinéa : « Le compte de profits et pertes doit exprimer, sous des rubriques distinctes, les profits ou les pertes de provenances diverses. » Et le texte (rédaction du 8 Août 1935) continue : « L'inventaire, le bilan et le compte de profits et pertes et généralement tous les documents qui, d'après la loi, doivent être communiqués à l'assemblée, doivent être tenus à la disposition des actionnaires, au siège social, quinze jours au moins avant la date de l'assemblée. — A toute époque de l'année, tout actionnaire peut prendre connaissance ou copie au siège social, par lui-même ou par un mandataire, de tous les documents qui ont été soumis aux assemblées générales durant les trois dernières années et des procès-verbaux de ces assemblées ; il peut quinze jours au moins avant la réunion de l'assemblée générale, prendre, au siège social, communication de la liste des actionnaires. — Les actionnaires dont les titres sont nominatifs, et qui en auront fait la demande, doivent être convoqués, à leurs frais, à toute assemblée par une lettre expédiée dans le délai imparti pour la convocation de cette assemblée. » Suivent les sanctions pénales à l'exclusion de toute sanction textuelle de nullité. N'existe-t-elle pas, cependant, cette nullité ?

Suivant les anciens errements, il faut considérer que tout manquement grave aux obligations légales mentionnées au texte, en des dispositions tellement impératives que celles de l'art. 35 emportent l'application de sanctions pénales, entraîne la nullité de ce qui est fait en contravention à la loi. En l'espèce, c'est l'assemblée générale qui sera nulle, s'il échet, pour l'inobservation des formes, formalités ou délais imposés par la loi, sous réserve des mesures réparatrices prévues à l'art. 8 de la loi de 1867 (nouveau). En effet, s'il n'existe pas dans les lois civiles et commerciales, de dispositions générales édictant que l'acte contraire à la loi est nul, il n'est pas dit non plus que la nullité ne peut être admise que dans le cas où un texte la prononce expressément. Aussi, d'après la doctrine et une jurisprudence constante, a-t-on remédié à cette carence législative en édifiant une théorie des nullités tacites ou virtuelles. C'est d'elles qu'il s'agit, dans notre cas présent. Suivant MM. Planiol et Ripert (Traité élémentaire de droit civil, t. I, n° 337) : « Souvent la nullité, n'étant pas écrite dans un texte, découle seulement de l'esprit de la loi. — S'agit-il de dispositions prohibitives ? Ces dispositions, qui sont nombreuses, ... sont, d'une manière très générale, sanctionnées par la nullité. L'invalidité de l'acte est la conséquence normale de la prohibition. « *Qui contra legem agit, nihil agit* » ; il est inutile que la loi le dise. Portalis avait introduit dans le livre préliminaire (du Code Civil) une disposition portant : « Les lois prohibitives emportent peine de « nullité, quoique cette peine n'y soit pas exprimée. » (Tit. IV, art. 9). Cette disposition a été écartée, comme bien d'autres, comme inutile. ... S'agit-il de dispositions impératives qui ordonnent d'accomplir un acte ou une formalité ? La nullité

est beaucoup moins fréquente. Très souvent l'omission est sanctionnée par d'autres moyens : une amende, une peine disciplinaire, si la personne en faute est un officier public ; des dommages-intérêts pour les tiers, si c'est un simple particulier. Ces exceptions ont lieu surtout pour les textes qui ordonnent les formalités purement instrumentaires, relatives à la confection d'un écrit. » Il ne peut y avoir aucun doute, dans les différents cas envisagés, il s'agit de nullités tacites encourues pour inobservation de la loi, *toutes les fois au moins que sa violation doit empêcher d'atteindre le but visé*, c'est-à-dire n'a pas permis aux actionnaires d'être sincèrement renseignés sur la situation de la société. Cette sanction découle nettement de l'esprit de la loi.

Quelle que soit la situation, en cas de transgression de la loi, les administrateurs, qu'il y ait ou non nullité, sont responsables, conformément au droit commun, vis-à-vis de la société, pour inexécution totale ou partielle de leur mandat, conféré dans l'intérêt commun des associés. Dans toutes ces éventualités, il y a carence ou mise en œuvre défectueuse des moyens à eux confiés pour le maniement des intérêts sociaux et toujours, en dernière analyse, au regard de la collectivité, se révèle une faute de gestion. La responsabilité civile, à l'égard des tiers lésés s'apprécie d'après les règles de la faute délictuelle ou quasi-délictuelle, nous l'avons déjà constaté.

Lorsqu'il s'agit de convocation et de tenue des assemblées générales, les administrateurs, nous l'avons vu, ne peuvent répondre que des irrégularités de délais ou de formalités antérieures à l'assemblée, car ils ont l'obligation de convoquer les assemblées et les nullités affectant le mode et le délai de convocation sont leur fait. Il existe une ju-

risprudence constante à ce point de vue : En cas de non convocation de l'assemblée générale à temps, il a été jugé (Paris, 6 Février 1896, J.S. 96, p. 343) : « Considérant que, dans l'espèce, il y a eu violation flagrante des statuts en ne convoquant pas une assemblée générale et en tolérant (sans intérêt)... ; que ces mêmes faits peuvent être la base d'une action sociale et d'une action individuelle ; que dans la cause soumise à la Cour... il y a lieu de rechercher si la décision prise par les assemblées générales... qui a donné l'approbation la plus complète à la gestion des membres du conseil d'administration et a donné à ceux-ci décharge pleine et entière fait obstacle à l'action individuelle de chaque actionnaire. Considérant qu'il y a lieu de prendre pour règle les statuts et les pouvoirs donnés aux administrateurs... ; que ceux-ci sont investis d'un mandat formel et défini ; qu'ils représentent la société ; qu'ils ont le droit de stipuler pour elle ; qu'ils peuvent, notamment, procéder à des transactions et que l'approbation donnée par une assemblée générale à un acte de ce genre... ne peut laisser ouverture à une action individuelle ; mais qu'il en est autrement lorsque l'acte reproché au conseil d'administration est une violation formelle des statuts et de la loi, par conséquent du mandat que la société et chacun de ses membres ont conféré au conseil d'administration ; que quels que puissent être la gratitude et les services qui auraient été rendus et qui auraient pu décider une assemblée générale à prendre une délibération accordant un quitus, ces considérations ne peuvent, à raison même de la non exécution des prescriptions de la loi, du mandat donné et du contrat social, mettre obstacle aux droits des actionnaires, droits qu'ils peuvent exercer lorsque l'action sociale est éteinte. » ...Cependant, les administra-

teurs, suivant les normes habituelles, ne voient pas leur responsabilité engagée, s'ils n'ont pu, dans des conditions satisfaisantes, remplir leur mission et les juges du fait apprécient souverainement le cas fortuit invoqué (Tribunal de commerce de la Seine, 28 Juillet 1887, J.S. 88, p.445) : Sur la demande en responsabilité : « Attendu que B... base sa demande sur les deux chefs suivants... 2° que, par l'art. 34 (de l'acte constitutif), l'assemblée générale devait se réunir, chaque année, dans le mois correspondant à celui de la constitution définitive de la société — ...que l'assemblée générale qui aurait dû avoir lieu en Octobre 1881 n'aurait été réunie que le 27 Avril 1882, c'est-à-dire avec un retard de six mois, ...que si, en effet, un retard de six mois est démontré, par contre ce retard était dû à une circonstance particulière ; qu'il est établi que les intérêts de ces derniers (les créanciers) n'ont eu à supporter de ce fait aucun préjudice. — Suit le rejet de la demande. »

Il y a lieu, d'ailleurs, de se montrer, relativement tolérant en cette matière, ainsi que nous l'allons voir (Tribunal de Commerce de la Seine, 8 Août 1884, J.S. 1885, p.366) : « Attendu qu'il ressort des débats et des pièces produites que, si l'assemblée générale ordinaire des actionnaires de la Compagnie La Continentale n'a pu avoir lieu au mois d'Avril dernier ainsi que le prescrit l'art. 54 *bis* des statuts, c'est par suite de la démission d'un des commissaires vérificateurs... Attendu qu'il est acquis aux débats que l'assemblée générale ordinaire des actionnaires... n'a pu être régulièrement constituée (sans intérêt) ; qu'il y a donc lieu de reconnaître que X..., Y... et Z... ont mis à la convocation des actionnaires toute la diligence compatible avec les circonstances... Déclare les demandeurs mal fondés en leur demande, les en déboute... »

La responsabilité des administrateurs, par une interprétation extensive des dispositions des art. 1869 et 1870 du C.Civ., est également engagée par une démission intempestive, à moins qu'elle ne soit justifiée par l'impossibilité d'exercer le mandat sans éprouver eux-mêmes un grave dommage matériel ou moral. Dans le cas contraire, les dommages-intérêts compensent le tort causé à la société. La pratique judiciaire est en ce sens (Cour de Paris, 1^{re} Chambre, 12 Février 1897, J.S. 97, p. 353). « Considérant qu'après avoir proclamé que X... avait usé de son droit en notifiant le 2 Octobre, à la Cie défenderesse sa démission d'administrateur et de vice-président du conseil de ladite Compagnie et après avoir donné acte à celle-ci : 1^o de ce qu'elle avait accepté la démission de l'appelant depuis le 6 Octobre ; 2^o De ce qu'elle avait cessé de faire usage du nom de X... sur les prospectus et affiches de la société, le tribunal a condamné X... à payer à la Compagnie ... des dommages-intérêts ... consistant uniquement en frais faits antérieurement au... pour confection, apposition et distribution d'affiches et de prospectus relatifs à l'émission d'actions annoncée... Mais considérant que l'appelant ne saurait être personnellement responsable que des faits de la nouvelle publicité que sa démission volontaire et la suppression de son nom avait rendus nécessaires... »

L'omission de dépôt des actions de garantie ou son insuffisance comme aussi son retrait irrégulier, s'il en est résulté un préjudice au détriment de la société ou des tiers, peut donner lieu, sans préjudice de la sanction de la révocation des administrateurs en faute, à une action en responsabilité contre eux-mêmes et leurs collègues. A vrai dire, les recueils d'arrêts semblent muets à cet égard. En tout

cas, l'inobservation de la loi ne peut donner lieu à nullité des délibérations du conseil.

Les infractions à l'art. 40 de la loi de 1867 ne sont pas passibles d'une sanction pénale ; elles peuvent entraîner la révocation de l'administrateur répréhensible et les marchés intervenus, au mépris de la prohibition, peuvent être annulés pour cause d'incapacité du mandataire, *si l'intérêt est direct*, à moins que la société ne se contente de dommages-intérêts ; *si l'intérêt est indirect*, il peut y avoir lieu à allocation de dommages-intérêts, dans la mesure du bénéfice procuré par l'opération illicite, mais sans que l'annulation puisse être prononcée, à moins que le co-contractant ne soit de mauvaise foi.

Bien entendu, la violation des prescriptions légales étrangères à la loi de 1867 et aux textes complémentaires, inclus ou non, dans cette œuvre législative, n'est pas seule à considérer, non plus que l'inobservation des dispositions générales réglant la matière des sociétés dans le Code civil et dans le Code de commerce, il faut aussi qu'il n'y ait pas transgression aux exigences formulées, en des matières spéciales, par des réglementations particulières ; il a été jugé, relativement à une compagnie d'assurances (Tribunal Civil de la Seine, 19 Juillet 1894, J.S. 95, p.177) : « Attendu que X..., Y... et Z... reprochent aux administrateurs... de n'avoir pas, comme le veut l'art. 33 du décret du 22 Juin 1868, fait immatriculer, au nom de la société (il s'agissait d'une compagnie mutuelle d'assurances contre l'incendie) tous les titres représentant les fonds et d'avoir toléré que ces titres restassent au porteur ; qu'il y a là une contravention certaine à l'art. 33 du décret du 22 Janvier 1868 ; que l'action sociale a été couverte par les assemblées générales des... que l'action individuelle est née par suite des

faits délictueux ou quasi-délictueux établis ; qu'ils ont commis (les administrateurs) la faute de ne se préoccuper en quoi que ce soit de la responsabilité qu'ils auraient assumée et de négliger entièrement les intérêts dont ils avaient accepté la garde ; qu'ils doivent donc être déclarés responsables du dommage qu'ils ont ainsi occasionné. »

Il nous reste à examiner, pour clôturer cette première partie, la responsabilité civile encourue par les administrateurs pour distribution de dividendes fictifs, ce manquement aux prescriptions légales étant expressément prévu en l'art. 44 de la loi de 1867, et présentant une considérable importance tant théorique que pratique.

Quand le dividende est-il réputé fictif ? Les décisions de jurisprudence sont innombrables à ce sujet et la plus parfaite unité de vues ne semble pas régner entre elles. Un point, toutefois, semble hors de toute contestation : la distribution de dividendes aux actionnaires, en l'absence d'inventaire ou en dehors des résultats constatés par celui-ci, expose les intéressés à une action en répétition pendant cinq ans à partir du jour fixé pour la répartition illégitime. Mais le cas ne se présente pas en pratique. Hors de là, il n'y a plus que trouble et incertitude. Cette indécision s'explique par la complexité de la question. Il est très difficile de caractériser, *en toute hypothèse*, en effet, la notion de bénéfice distribuable.

Strictement, les bénéfices ne devraient être répartis qu'à l'expiration de la société et à la clôture de ses opérations, quand son activité a cessé complètement, que toutes tractations avec les tiers sont achevées, que le passif est payé et l'actif réalisé. Les attributions à effectuer entre les associés seraient alors fidèlement l'expression de la réalité. Si telle est

la rigueur des principes, il semble, cependant, impossible de contraindre les associés à immobiliser des capitaux souvent considérables, pendant une durée fort longue, sans en tirer des revenus (dans la majorité des cas, les actionnaires, l'existence des sociétés anonymes se perpétuant fréquemment pendant près d'un siècle, auraient effectué un placement pour des héritiers inconnus d'eux). Aussi la loi de 1867 a-t-elle prévu, conformément aux habitudes du commerce et à la coutume (art. 10, 32 et suiv.), que la société peut procéder périodiquement (annuellement, sauf acomptes en cours d'exercice) à l'attribution des bénéfices réalisés. Mais alors une grave difficulté se présente : le bénéfice net est l'excédent du reliquat d'actif net, après paiement des charges, sur le passif ; les opérations sociales n'étant pas mises à fin, ni les biens sociaux licités, il faudra se contenter, pour apprécier l'existence d'un bénéfice, d'un à peu près, la plupart des éléments d'actifs et le passif lui-même étant sujets à des fluctuations plus ou moins importantes, même en période de stabilité des prix. Il faudra se satisfaire d'approximations loyales.

La société, en établissant, pendant son existence, sa situation annuelle active et passive, n'a et ne peut avoir en vue que de constater la valeur d'usage de ses immobilisations *d'après leur coût initial* (ce qui explique la pratique des amortissements comptables remédiant aux dépréciations) l'étendue des crédits accordés aux débiteurs, sa situation de trésorerie et le prix d'achat des éléments disponibles, le passif étant coté, en principe, d'après les écritures sociales. En aucun cas, il ne peut être question, en semblable hypothèse, de dresser un bilan de liquidation, faisant état de moins-values ou de plus-values de réalisation, en tenant compte de

la conjoncture économique au moment de la dissolution, car la collectivité, pendant le déroulement de son activité, si elle vend ses produits (dans le cas d'une industrie) ne disperse pas ses immobilisations au feu des enchères et ne peut faire entrer les aléas, que supposerait une liquidation prématurée, dans ses prévisions. Par ces quelques explications, on se fait une idée de la difficulté que présente la détermination du bénéfice net, base de la distribution du dividende et les contradictions plus apparentes que réelles de décisions de justices statuant en fait sur des espèces qui ne s'apparentent nullement les unes avec les autres et qui présentent une infinie diversité. Ce qu'on peut dire de plus net, pour résumer le système jurisprudentiel, c'est qu'il exige, de la part des dirigeants des sociétés une attitude loyale et sincère et que les erreurs, s'il en est, doivent être exclusives de toute mauvaise foi et de tout aveuglement.

La répartition du bénéfice ne peut avoir lieu que s'il est définitivement acquis et réalisé. Une plus-value (Cass. 28 Juin 1862, D. 62-1-305) régulièrement inscrite au bilan ne saurait, *avant réalisation*, constituer un bénéfice distribuable, en raison de son caractère incertain et aléatoire. L'existence du bénéfice ne suppose cependant pas son encaissement ; nul doute à ce sujet ne peut subsister, malgré la décision de la Cour Suprême relatée ci-dessus, déjà ancienne, la jurisprudence la plus récente reconnaissant que les bénéfices réellement acquis, pour se révéler distribuables, doivent seulement consister en bonnes valeurs. D'ailleurs, M. Miral, dans son rapport sur la loi de 1863, a déterminé, dans les termes suivants, le sens des mots « réellement acquis » : « On a voulu ainsi exprimer les bénéfices qui ne peuvent plus échapper à la société, qui ne

sont plus à l'état de simple éventualité, dont aucun coup du sort, excepté une insolvabilité imprévue ou une destruction fortuite, ne peut plus priver la société. Sans doute, il ne sera pas toujours nécessaire que le bénéfice ait été encaissé ; il pourra résulter d'une valeur, d'une traite, même d'une simple créance, pourvu qu'elle soit réputée bonne, non susceptible de discussion, et de nature, suivant les usages du commerce, et figurer à l'actif. Le bon sens et la pratique commerciale seront, sur ce point, le meilleur commentaire de la loi. » Il a été suivi par la jurisprudence qui s'est formée sous l'art. 44 de la loi de 1867 (Paris, 16 Avril 1870, S. 71-II-169) (Cass. 7 Mai 1872, S. 72-I-123) (Cass. 21 Juil. 1898, S. 1901-I-537).

L'art. 10 de la loi du 24 Juillet 1867 dispose : « Aucune répétition de dividendes ne peut être exercée contre les actionnaires si ce n'est dans le cas où la distribution en aura été faite en l'absence de tout inventaire ou en dehors des résultats de l'inventaire. — L'action en répétition, dans le cas où elle est ouverte, se prescrit par cinq ans, à partir du jour fixé pour la distribution des dividendes... » Les actionnaires ne sont passibles de l'action en recouvrement que dans les deux hypothèses visées au texte (distribution en l'absence d'inventaire ou en dehors des résultats de l'inventaire) auxquels cas la jurisprudence a assimilé celui de l'actionnaire de mauvaise foi, dans toutes les autres éventualités non prévues au texte.

En distribuant ou en laissant distribuer des dividendes fictifs, les administrateurs s'exposent, pénalement, à être poursuivis, aux termes de l'art. 15 de la loi de 1867 et, de plus, ont à répondre civilement des conséquences de leur faute vis-à-vis de la société et des tiers. Il faut remarquer, en ce qui con-

cerne la société, qu'en commettant l'infraction à la loi, les administrateurs ne cessent pas de la représenter ; il ne faut pas dire, en conséquence, qu'il y a dépassement de mandat, mais exécution fautive de la mission conférée aux membres du conseil, dans l'intérêt collectif. Notons, par ailleurs, que l'action en responsabilité est indépendante de l'action en recombement et serait recevable même si l'autre ne l'était pas (Cass. 7 Mai 1872, D. 72-I-233).

La distribution de dividendes fictifs engage la responsabilité civile des administrateurs tant vis-à-vis de la société que des tiers lésés dans les conditions du droit commun ; le recours est ouvert aux actionnaires postérieurs et même antérieurs à la répartition illicite (Cass., 7 Mai 1872) (Besançon, 1^{er} Février 1895, J.S. 95-354) (Paris, 7 Janvier 1898, J.S. 1898-175). De quoi, cependant, les actionnaires antérieurs se plaindraient-ils ? Si l'on comprend l'action de la part des associés postérieurs, en raison du préjudice qui leur est porté de par la réduction irrégulière du capital social, égale au montant des répartitions indues, pourtant la lésion existe pour les actionnaires antérieurs, le patrimoine social ayant été compromis par des agissements délictueux. Bien entendu, le recours peut également être mis en œuvre par les créanciers sociaux.

DEUXIÈME PARTIE

RESPONSABILITÉ DES ADMINISTRATEURS POUR VIOLATION DES STATUTS. — L'art. 44 de la loi du 24 Juillet 1867 ne fait pas mention des statuts, et la loi du 16 Novembre 1940 garde également le silence à cet

égard ; cependant, le pacte social fait la loi des parties, conformément aux stipulations des art. 1134 et 1135 du C.Civ. ; il est la garantie tant des actionnaires que des tiers qui traitent avec la société ; sa transgression engage donc la responsabilité des administrateurs vis-à-vis des associés et des tiers intéressés, au même titre que la violation de la loi. La violation des statuts est constatée par les juges du fait sous le contrôle de la Cour de Cassation, à moins que le litige n'ait trait uniquement à l'appréciation d'une question de fait, l'interprétation elle-même des clauses du contrat (Cass. 17 Mars 1874, D. 74.I.341).

La violation des statuts revêt des formes infiniment variées et nous devons nous borner à signaler quelques décisions de jurisprudence à ce sujet : « Attendu que, dit la Cour de Cassation (3 Déc. 1890, D. 91-I-117), le demandeur a soutenu qu'X... devait être responsable de l'opération susmentionnée (un prêt irrégulier à une société en participation devenue insolvable) en ce qu'il a abusé de sa position d'administrateur de la Banque... pour obtenir son concours sans que l'assemblée générale des actionnaires eût été consultée (cette autorisation était statutairement indispensable) ce qui devait être considéré comme une double faute à la charge dudit X... ; Attendu que sans contester les faits ainsi allégués, l'arrêt attaqué a exonéré celui-ci de toute responsabilité par ce motif de droit qu'en admettant qu'ils fussent vrais, ils ne lui étaient pas exclusivement personnels et que, par conséquent, la part qui lui incomberait ne pourrait pas le faire déclarer débiteur du montant total de la somme prêtée ; *mais attendu que toute faute ayant occasionné un dommage à un tiers engage la responsabilité de son auteur... »*

Après la transgression des statuts par abus de fonctions, voici le défaut de convocation de l'assemblée générale (Cass. 3 Avril 1912, D. 1912-I-521) : « Attendu qu'aux termes de l'art. 42 des statuts de la... société anonyme..., les administrateurs devaient, en cas de perte du quart du capital social, provoquer la réunion de l'assemblée générale pour examiner s'il y avait lieu de continuer ou de dissoudre la société ; qu'un certain nombre d'actionnaires, prétendent que cette perte du quart qui ne leur avait été révélée qu'en 1903, existait déjà en 1888, ont assigné les anciens administrateurs ou leurs héritiers en paiement de dommages-intérêts à fixer par état ; que, de leur côté, les administrateurs ont répondu que cette action, qu'ils qualifiaient d'action sociale, avait été éteinte par le quitus que leur avait donné plusieurs assemblées générales... » Attendu que cette exception a été repoussée, à bon droit, par l'arrêt attaqué, qu'en effet, l'action formée... n'intéressait pas la société déjà dissoute dont elle ne se proposait pas de faciliter l'exploitation ou de reconstituer le capital ; qu'elle tendait seulement à indemniser certains actionnaires de la dépréciation qu'avait subie leurs actions par la faute lourde ou la simple négligence des administrateurs. »... Et la Cour a rejeté le pourvoi formé contre la décision accueillant la demande.

Il semble inutile de multiplier les exemples, d'autant qu'ils sont aussi divers que les formules de statuts eux-mêmes et ne présentent pas d'intérêt doctrinal. On pourra, toutefois, consulter à ce sujet : (Cass. 13 Janvier 1869, S. 69-I-209) (24 Janv. et 11 Juil. 1870, D. 70-I-177, D. 71-I-137) (Paris, 18 Juillet 1895, J.S. 95-433) (Cass., 3 Mars 1869, D. 69-I-200).

TROISIÈME PARTIE

RESPONSABILITÉ DES ADMINISTRATEURS POUR FAUTES DE GESTION. — Les administrateurs doivent, sous la sanction de leur responsabilité civile à légard de la société, apporter au maniement des affaires sociales tous les soins d'un bon père de famille et ils répondent de toute faute, ne trouvant pas son excuse dans les aléas qu'entraîne toute affaire commerciale, tout au moins s'ils sont salariés ; si le mandat est gratuit, il leur est fait application de l'art. 1992, al. 2 du Code Civil.

Ici encore, nous nous bornerons, en raison du faible intérêt doctrinal de la question, de l'infinie variété des espèces, de l'ancienneté des décisions, à quelques exemples marquants. Nous signalerons, cependant, que les règles sont inchangées sous la nouvelle législation résultant de la loi du 16 Novembre 1940.

Là aussi la faute doit être juridiquement établie (Cass. 2 Juil. 1901, R.S. 1901-432). « Ne commettent pas une faute les administrateurs qui font une acquisition pour la société, même à un prix exagéré, alors qu'ils ne font ainsi qu'exécuter le mandat formel que les actionnaires leur ont donné par les statuts sociaux. Lorsque l'arrêt constate à la charge des administrateurs l'existence de fautes successives, sans qu'il soit possible de déterminer l'influence nuisible exercée par chacune des fautes sur l'avenir de l'entreprise, les condamnations prononcées manquent de base légale si l'une des fautes retenues n'est pas juridiquement établie. » Suivant

le droit commun, en principe, les administrateurs sont responsables de toutes leurs fautes, même les plus légères (Cass. 18 Mai 1887, J. S. 88-334) : « Attendu que l'arrêt attaqué repousse la demande pour cet unique motif qu'il n'a été relevé... aucun fait de dol ou de fraude qui soit de nature à engager leur responsabilité (des administrateurs). Mais attendu qu'aux termes de l'art. 44 précité (de la loi de 1867), les ... administrateurs des sociétés anonymes sont responsables de leurs simples fautes comme de leurs délits, dans les termes du droit commun ; que si l'arrêt conteste en fait quelques-unes des articulations de X..., il ne s'explique pas sur toutes, *il ne déclare pas que les défendeurs n'ont commis aucune faute.* — Attendu que l'arrêt attaqué déclare, il est vrai, que les pertes éprouvées par la société sont dues à d'autres causes, mais qu'il ne fait pas connaître ces causes ; que, dès lors, ce motif est sans valeur, puisque la Cour de Cassation se trouve dans l'impossibilité d'exercer le contrôle qui lui appartient... Par ces motifs, Casse... ».

L'incompétence, l'inexpérience des administrateurs ne leur sont pas des excuses ; en acceptant leur mission, ils se jugent capables de l'assumer et ne peuvent exciper, pour échapper à leur responsabilité ou atténuer leurs fautes, de leur inaptitude : « Commettent des fautes lourdes (Paris, 26 Décembre 1923, J.S. 1925-155) les administrateurs qui, dès le début, engagent des dépenses supérieures aux capitaux dont dispose la société, surchargent l'exploitation de frais généraux considérables, passent des contrats onéreux pour se procurer les ressources rendues nécessaires par l'anéantissement du capital, enfin ne tiennent pas de comptabilité régulière La responsabilité des premiers administrateurs reste entière, même si d'autres fautes ont été commises par

ceux qui leur ont succédé alors que ces fautes sont la conséquence de la mauvaise administration du début. Les administrateurs ne sauraient prétendre, pour échapper à leur responsabilité, que les actionnaires ne pouvaient exiger d'eux, artistes et hommes de lettres, les mêmes soins et la même diligence que de véritables hommes d'affaires car, en acceptant les fonctions d'administrateurs, ils ont assumé délibérément la responsabilité correspondante. *N'étant pas gratuit*, le mandat dont ils se sont chargés doit être apprécié dans les termes de l'art. 1992, C. Civ. »

Cette décision s'inspirant d'une stricte équité, ne saurait qu'être approuvée. Il importe de remarquer, en passant, qu'en cas de gratuité du mandat, la responsabilité pour les fautes — la « *culpa levis-sima* », faute très légère, n'étant jamais prise en considération — s'apprécie, en ce qui concerne la faute légère « *culpa levis* » d'après le comportement habituel de l'individu incriminé « *in concreto* » et non « *in abstracto* » en prenant modèle sur un type idéal (bien entendu la faute grave « *culpa lata* » équipollente au dol, est toujours sanctionnée).

Voici un exemple de négligence coupable :

Il a été jugé (Tribunal de Commerce de la Seine 25 Nov. 1895, J.S. 96-281) que les administrateurs d'une société, tenus par les statuts d'employer les fonds sociaux en placements sûrs, sont responsables vis-à-vis de la société de la perte résultant de la faillite de la banque dépositaire des fonds sociaux lorsque, connaissant depuis longtemps la situation de ladite banque, ils ont négligé d'opérer en temps utile le retrait des fonds déposés et ont exposé la société aux conséquences de l'insolvabilité du dépositaire...

Autre exemple de négligence :

Il a été décidé (Trib. Com. Lyon, 12 Août 1901, J.S. 1902-366) que les administrateurs d'une société anonyme sont solidairement responsables des fautes de gestion et notamment de la perte des bulletins de souscription (dont ils ne se sont pas assurés de l'existence lors de leur entrée en fonction) lorsqu'il est impossible de préciser la part qui revient à chacun d'eux...

Voici maintenant la responsabilité pour défaut de contrôle des services sociaux, incombant aux administrateurs en fonctions, lors d'un fait délictueux qu'ils pouvaient prévenir (Cass. 2 Juil. 1901, R.S. 1901-432) (Trib. Seine, 4 Juillet 1890, R.S. 1890, p. 431) : « Lorsque le directeur d'une société financière, au lieu d'employer les fonds qui lui sont confiés, conformément aux statuts, en opère le détournement à son profit personnel, les administrateurs en fonctions doivent en être déclarés responsables. Ils sont tenus non seulement d'exiger mais de suivre l'emploi et de s'assurer de son exécution. Mais la responsabilité n'atteint pas les nouveaux administrateurs qui n'ont pas commis de faute personnelle et auxquels il serait injuste de reprocher de n'avoir pas réparé les fautes de leurs devanciers ou de n'en avoir pas suffisamment conjuré les effets. »

La faute peut être partagée entre les actionnaires et les administrateurs (Cour de Bordeaux, 8 Mars 1886, J.S. 87-823) : « Le paiement, par les administrateurs, d'apports immobiliers, alors grevés d'hypothèques, qu'il ait eu lieu partie en argent, partie en actions, constitue une faute lourde qui entraîne la responsabilité de ses auteurs vis-à-vis de la société ; mais cette responsabilité est largement atténuée par la faute des actionnaires qui, dérogeant

aux règles ordinaires... ont imposé au conseil d'administration, à titre de gérant, le créancier de ce prix qui s'est ensuite payé lui-même avec le concours des administrateurs. »

La plus grande diligence, dans la prévision des risques, est de règle (Seine, 21 Juil. 1891, J.S. 92-529) : « Lorsqu'il y a eu promesse de vente d'un immeuble à une société anonyme et qu'après l'accomplissement des formalités nécessaires à l'acceptation de la promesse, un incendie s'est déclaré dans l'immeuble, l'administrateur-délégué qui a omis de renouveler l'assurance contre l'incendie au profit de l'immeuble nouvellement acquis, commet une faute lourde engageant la responsabilité des membres du conseil d'administration. »

Il ne peut être toléré de relâchement dans la surveillance et le contrôle des services sociaux (Cour de Lyon, 10 Nov. 1921, J.S. 1923-338) : « En témoignant à un caissier une confiance aveugle, en omettant, pendant des années, de contrôler ses comptes et sa caisse, par insouciance et négligence et en laissant ainsi commettre des détournements de fonds, les administrateurs et le directeur d'une société dont la mission consiste en une surveillance incessante, se rendent coupables d'une faute très lourde qu'ils sont tenus de réparer ; les administrateurs, d'une part, et le directeur, de l'autre, ayant commis les mêmes négligences, la faute est commune et leur responsabilité doit être solidaire. »

(Lyon, 24 Juin 1911, J.S. 1914-274) : « Commettent une faute lourde et engagent leur responsabilité civile dans les termes des art. 43 et 44 de la loi du 24 Juillet 1867, les administrateurs et commissaires d'une société anonyme de crédit qui ont négligé pendant plusieurs années d'inventorier et vérifier le portefeuille de cette société, constituant

la partie la plus importante de son actif, et ont ainsi permis au directeur de masquer ses détournements et les déficits importants qui en ont été la conséquence et ont été l'une des causes principales de la ruine de la société... »

Mais la responsabilité suppose une faute (Cass. 27 Juillet 1931, R.S. 1932-11) : « Attendu que le pourvoi reproche à l'arrêt attaqué d'avoir déclaré qu'aucune faute lourde n'était établie à l'encontre des défendeurs (il s'agissait de fautes ayant déterminé des actionnaires à souscrire) alors que la responsabilité des administrateurs d'une société anonyme peut résulter d'une simple négligence... Mais attendu que la Cour d'appel, par une souveraine appréciation des circonstances de la cause... a estimé et déclaré que si les actes reprochés aux défendeurs peuvent faire considérer ceux-ci comme trop confiants et insuffisamment soupçonneux, on n'y rencontrait pas les éléments constitutifs de *fautes lourdes* invoquées par les demandeurs, à l'appui de leur action individuelle. » L'arrêt de la Cour d'appel s'est montré, en l'espèce, d'une indulgence surprenante, car il n'est question que de fautes lourdes, ce qui est singulier, tous les manquements au mandat devant être sanctionnés ; il apparaissait bien, dans la question solutionnée, que des fautes légères avaient, à tout le moins, été commises.

Autre exemple, particulièrement caractéristique (Cour de Cass. Ch. des R., 8 Juil. 1895, R.S. 95, p. 607) : « Attendu que l'arrêt attaqué déclare, en fait, que les administrateurs se sont bornés à préparer un projet de traité... ; que ce traité soumis à l'assemblée générale a été approuvé à l'unanimité et que les administrateurs chargés d'en assurer l'exécution se sont exactement conformés au mandat qu'ils avaient reçu de surveiller la répartition

entre les divers actionnaires du prix de la cession consentie ; que si, dans le projet de convention préparé par leurs soins, ils se sont mépris sur l'efficacité de la garantie offerte, on ne saurait considérer *comme une faute de nature à engager leur responsabilité, une erreur sur une question susceptible de controverse*, erreur partagée par l'assemblée des actionnaires et deux juridictions ».

Bien entendu, les administrateurs ne peuvent se substituer à la société mandante et doivent se borner à l'exécution stricte de leur mission (Cour de Cass. Ch. Civile, 2 Juil. 1901, R.S. 1901-432) : « Attendu que l'arrêt attaqué, pour condamner les administrateurs... s'appuie sur un certain nombre de fautes que lesdits administrateurs auraient commises dans la gestion... ; mais attendu que l'arrêt constate, en même temps que l'art. 1 des statuts approuvé par l'assemblée générale constitutive... portait que l'acquisition de l'usine à gaz de la Cie cédante devait être faite précisément au prix de 95.000 francs... que les administrateurs qui n'ont fait qu'exécuter le mandat formel qu'ils avaient reçu des actionnaires ne sont pas responsables vis-à-vis d'eux de l'exagération du prix qu'ils ont dû payer... Par ces motifs, casse... »

Il n'est, d'ailleurs, pas exigé une rare prévoyance des faits économiques futurs, mais seulement une honnête prévision (Cour de Bordeaux, 30 Mars 1908, J.S. 1908-418) : « L'erreur d'appréciation quant à l'utilité d'un emprunt hypothécaire et aux ressources qui en résulteront pour la société ne suffit pas à engager la responsabilité des administrateurs, si l'intention de dénaturer les faits et de dissimuler les dépenses n'est pas démontrée et si, au contraire, les prévisions formulées étaient raisonnables au moment où elles étaient exprimées.

De même, le silence gardé par les administrateurs sur les chances plus ou moins grandes de recouvrer l'intégralité de certaines souscriptions ne constitue pas une faute, alors surtout que les fluctuations du compte de ces souscriptions ont été soumises régulièrement aux actionnaires. »

Ce qu'il importe surtout de retenir, et il faut insister sur ce point, c'est qu'en principe les administrateurs n'ayant pas traité avec les tiers, ne leur doivent pas de diligences de conduite sauf application des art. 1382 et 1383 du C.Civ. pour imprudences ou négligences et sauf aussi application de l'art. 1166 du C.Civ. — action oblique — du chef de la société, quand il s'agit de créanciers sociaux.

QUATRIÈME PARTIE

RESPONSABILITÉ DÉLICTUELLE ET QUASI-DÉLICTUELLE DES ADMINISTRATEURS. — Les administrateurs sont toujours responsables, comme nous l'avons signalé, contractuellement et indistinctement de leur dol et de leurs fautes vis-à-vis de la société, leur mandante ; par ailleurs, les tiers peuvent mettre en jeu leur responsabilité délictuelle ou quasi-délictuelle, ayant son fondement dans les art. 1382 et 1383 du C.Civ. ; la loi du 16 Novembre 1940 n'a rien innové à cet égard.

Voici quelques exemples de cette responsabilité d'après la jurisprudence, remarque étant faite préalablement que, selon le droit commun, elle peut être partagée avec des tiers (Trib. Com. de la Seine, 10 Nov. 1883, R.S. 88-77) : « Attendu que les fonda-

teurs et administrateurs en fonctions au moment où la nullité a été encourue sont, aux termes de l'art. 42 de la loi sus-énoncée (du 24 Juillet 1867) responsables solidairement avec les tiers des conséquences de cette nullité (les administrateurs étaient réellement en fonctions au moment de l'irrégularité), qu'ils doivent être responsables solidairement envers les tiers des conséquences de la nullité de la société.. »

(Cour de Cass. Ch. Civile, 6 Juillet 1905. J.S. 1906-306) : « La responsabilité de l'administrateur d'une société anonyme est engagée vis-à-vis des créanciers sociaux lorsqu'il laisse effectuer des travaux dont il sait la société hors d'état de payer le prix et qu'il ne prend aucune mesure pour parer à cet état de chose. La faute ainsi commise par l'administrateur, dans l'exercice de son mandat, donne naissance à une action sociale que le syndic peut intenter contre lui au nom de la société. »

(Cour de Cass. Ch. Civ. 16 Juin 1914, J. S. 1915-15) : « Lorsqu'une société anonyme, dissimulant au public l'échec d'une émission d'actions faite à titre d'augmentation de son capital, a appliqué les fonds versés aux besoins sociaux, cet emploi de fonds peut être considéré comme une faute préjudiciable aux souscripteurs et par suite les administrateurs en exercice à l'époque où cette faute a été commise, peuvent être déclarés responsables alors même qu'ils n'étaient pas nommés au moment de la souscription des actions. Les juges du fond peuvent, d'une part, déclarer que les administrateurs, auteurs de la faute commune, n'ont commis aucun dol et qu'il n'y a pas lieu de prononcer contre eux condamnation solidaire quant aux dommages-intérêts, et, d'autre part, prononcer contre eux condamnation solidaire aux dépens, à titre de supplément de dommages-intérêts. »

(Cour de Cass., 17 Avril 1931, J.S. 1932, p. 76, et la note) : « Lorsque le vendeur d'actions a affirmé des faits comptables inexacts qui ont influé sur les cours, l'acquéreur est en droit de demander la nullité de la vente pour dol. Les actionnaires qui ont été déterminés à souscrire ou à acheter des actions par des bilans inexacts ou fantaisistes, par des prospectus ou rapports mensongers ou par l'annonce de dividendes fictifs, sont recevables à exercer une action en dommages-intérêts contre les administrateurs auxquels ces agissements sont imputables. Mais le dol étant un vice purement relatif qui ne peut être invoqué que contre le co-contractant (art. 1116, C.Civ.), la nullité d'une vente d'actions ne peut être demandée que si le vendeur (ou la personne agissant en son nom), a accompli lui-même des manœuvres frauduleuses ou s'est rendu complice du dol, ce qui était bien le cas en l'espèce. »

(Cass. 28 Mai 1889, S. 90-I-9) : « Constitue une faute lourde, engageant la responsabilité du gérant (il s'agit d'une commandite par actions) de la société vis-à-vis des actionnaires, à raison des pertes qui en sont résultées pour la société et ont finalement amené sa chute, le fait, souverainement constaté par les juges du fond, par ce gérant, d'avoir témérairement engagé la société dans des opérations aventureuses, d'avoir notamment ouvert à certains clients sans garantie des crédits disproportionnés à leurs ressources, d'avoir eu recours à des artifices d'écritures pour dissimuler ses imprudences et tromper la bonne foi du conseil de surveillance et de n'avoir pas tenu compte des injonctions à lui faites par le conseil de surveillance dans le sens de la réduction des crédits. »

(Cass., 20 Janv. 1902, D. 1904-I-141) : « Lorsqu'un ouvrier embauché par les administrateurs

d'une société minière pour l'exploitation d'un placer, situé dans un pays éloigné de toute habitation et dont ils connaissaient l'insalubrité, sous la promesse de lui fournir le logement, la nourriture et les soins médicaux, y a trouvé, un logement malsain, une nourriture mauvaise et l'absence de tout service de santé et y est mort de la fièvre sans qu'aucun remède lui ait été donné, les juges du fond peuvent décider à bon droit que ces faits constituent une faute... et les juges peuvent, dans ce cas, prononcer une condamnation solidaire à des dommages-intérêts contre la société et contre l'un des administrateurs, qui à l'époque des faits incriminés, s'occupait spécialement de l'administration du placer. La prescription de trois ans édictée par le code d'instruction criminelle, opposée à une action civile en dommages-intérêts est, à bon droit, écartée, lorsque les juges du fond constatent que cette action n'a pas pour source unique et nécessaire un délit correctionnel mais dérive aussi de fautes graves commises dans l'exécution d'un contrat de louage de service... »

La décision ci-dessus doit être approuvée, sauf en un point : On ne comprend pas pour quelle raison un des administrateurs, sous le prétexte qu'il s'occupe spécialement du placer, peut être condamné (et solidairement encore) avec la société. Quel est le véritable responsable de l'inexécution partielle d'obligations secondaires du contrat de louage de services ? La société sans aucun doute. L'administrateur ne saurait répondre que de sa faute délictuelle personnelle.

Voici une décision intéressante doctrinalement :

(Trib. de Com. de la Seine, 15 Janv. 1906, J.S. 1906-115) : « Les administrateurs d'une société anonyme peuvent être, à raison des mêmes fautes, dou-

blement responsables et envers la société qu'ils ont mal gérée et envers les tiers, victimes de leurs fautes. Deux actions sont ouvertes aux victimes de ces fautes, l'action sociale et l'action individuelle, cette dernière ayant pour objet la réparation d'un préjudice distinct de celui souffert par la société, subi, soit par quelques tiers ou actionnaires, soit par tous, mais dans des proportions inégales pour chacun et résultant de fautes assez graves pour constituer un quasi-délit (2). L'action individuelle intentée par les tiers et actionnaires contre les administrateurs et l'établissement de crédit émetteur, à raison du préjudice que ceux-ci leur auraient causé en les attirant dans la société, ne peut réussir qu'à condition de faire la preuve des manœuvres frauduleuses imputables aux défendeurs et de la relation de cause à effet entre ces manœuvres et le préjudice personnel subi. L'action individuelle ne peut être basée sur la publication de bilans présentés habilement de façon à rassurer les actionnaires et les tiers, lorsqu'ils ne contiennent aucune dissimulation frauduleuse et qu'ils permettent à un œil tant soit peu attentif de constater le fâcheux état financier de la société. Si, au point de vue de l'action sociale, l'insuffisance des réserves et la violation de certaines prescriptions des statuts peut servir de fondement à une action sociale contre les administrateurs et directeurs, il n'en est pas de même au point de vue de l'action individuelle, dès lors que les tiers n'ignoraient pas, au moment de leur souscription, que le montant des réserves était insuffisant et que, d'ailleurs, les méthodes de calcul adoptées par la société avaient été portées à la connaissance des intéressés et que les statuts ne prescrivaient l'emploi d'aucun mode de calcul des réserves. La responsabilité du banquier qui a soutenu le crédit de la société et coo-

péré à l'émission des actions ne saurait être engagée que si sa coopération directe consciente et personnelle aux manœuvres frauduleuses ayant attiré la souscription des demandeurs est établie. »

Enfin, conformément aux principes, les administrateurs ne peuvent être rendus responsables des cas fortuits ou de force majeure ou des faits d'un tiers :

(Trib. Seine, 13 Mai 1925, J.S. 1926-555, deux jugements) : « Lorsque la hausse des cours des actions d'une société anonyme n'a pas été provoquée artificiellement par les fondateurs ou administrateurs et que la baisse qui a suivi est le résultat des conditions économiques, sans qu'aucune faute ou fraude ait été relevée contre les administrateurs, doit être rejetée comme mal fondée la demande dirigée contre ces derniers par des actionnaires, en réparation du préjudice à eux causé » (première espèce). Mais l'action abusive est sanctionnée :

« Doit être condamné à des dommages-intérêts comme ayant commis une faute évidente, cause d'un préjudice matériel et moral, l'intermédiaire qui, en vue de ladite demande, a groupé les actionnaires victimes de la baisse, alors qu'il n'avait en main d'autres éléments que le fait même du préjudice par eux subi » (deuxième espèce).

* * *

Responsabilité des Administrateurs pour les actes des Directeurs, Délégués et Employés. — Les mandataires du conseil d'administration (au sens le plus large), du président du conseil d'administration

et du directeur général, sont responsables, quels que soient leurs titres et leur mode de nomination, personnellement et directement, de leurs actes à l'égard de la société, *omissio medio*, suivant les principes du droit commun (l'art. 1992, C.Civ. énonce les règles applicables, en l'espèce : « le mandataire répond non seulement du dol, mais encore des fautes qu'il commet dans sa gestion. — Néanmoins, la responsabilité relative aux fautes est appliquée moins rigoureusement à celui dont le mandat est gratuit qu'à celui qui reçoit un salaire). » L'art. 1994, al. 2, précise : « Dans tous les cas, le mandant peut agir directement contre la personne que le mandataire s'est substitué. » (Voir Cass. 30 Déc. 1892, J.S. 93-145.) Par ailleurs, les employés de la société (directeurs, secrétaires, etc...) accomplissent aussi des actes juridiques pour la collectivité. Les règles ne sont pas les mêmes, quant à la responsabilité pour ces deux catégories de représentants. — Je néglige intentionnellement les avantages sociaux, tels que l'irrévocabilité *ad nutum* des salariés, dans cet examen de la question :

Le mandataire qui outrepatte sa procuration ne représente plus le mandant : « Le mandataire (art. 1997, C.Civ.) qui a donné à la partie avec laquelle il contracte, une suffisante connaissance de ses pouvoirs, n'est tenu d'aucune garantie pour ce qui a été fait au delà, s'il ne s'y est personnellement soumis ». Mais il sera garant du dépassement de sa procuration s'il en a excédé les bornes en laissant ignorer aux tiers que la garantie du mandant n'existait plus. Le préposé, au contraire, engage, s'il agit dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions, la garantie de son commettant à l'égard des tiers, que ceux-ci soient informés ou non de ses attributions réelles. Ensuite, une présomption de respon-

sabilité pèse sur le commettant (art. 1384, par. 3 du C.Civ.) qui ne peut en éluder les conséquences — nous nous sommes précédemment expliqué sur ce point — alors que, dans le mandat, nous ne découvrirons rien de semblable, le mandataire étant un citoyen, en principe, libre et indépendant de ses actes ; assurément, si le mandataire a accompli des actes illicites dans le cours de sa mission, le mandant subira l'annulation, mais ne sera pas tenu, sauf faits de complicité à sa charge, des dommages-intérêts ; dans l'autre situation, non seulement l'annulation est supportée par l'employeur, mais les réparations civiles lui incombent, sans exonération possible, même s'il n'est pas en faute, quitte à recourir contre son subordonné, si ce dernier est capable et solvable. En outre, le mandataire qui a commis des fautes dans l'exercice de sa mission, en répond directement vis-à-vis des tiers et ne peut s'excuser en alléguant les instructions du donneur d'ordre (Cass. Civ. 21 Juillet 1920, J.S. 1921-43). L'employé dans cette hypothèse, sauf en matière pénale, évidemment, en raison de sa dépendance juridique, économique et sociale à l'égard de son employeur, doit être absous et c'est le patron qui lui est substitué civilement. Enfin, le préposé qui suit ponctuellement les ordres de son commettant, ne peut voir sa responsabilité engagée vis-à-vis de la société, alors qu'il n'en est pas ainsi pour le mandataire, qui jouit, tout au moins, d'un certain pouvoir d'appréciation.

Il importe de signaler, pour ne pas avoir à y revenir, que la responsabilité du président, directeur général ou non, est régie entièrement par les principes du mandat, à l'égard de la société, pour les attributions à lui réservées par la loi du 16 Novembre 1940, conformément aux règles exposées en

tête de cette dernière partie et, vis-à-vis des tiérs, par les préceptes de la responsabilité délictuelle, aucune dérogation législative n'ayant été apportée aux règles de droit commun.

Il y a, en conséquence, un intérêt considérable à distinguer les deux situations, sans même envisager les conséquences de cette discrimination, du point de vue des lois sociales. Pourtant, comme le mandat peut être et est très fréquemment salarié, la distinction théorique entre le louage de services et le mandat s'avère assez floue. « Cependant, il faut s'entendre, disent MM. Planiol et Ripert (Traité élément. de Droit civil, t.II, n° 2233). Quand un mandataire donne son temps ou une partie considérable de son temps pour l'exécution du mandat et qu'il se fait payer en conséquence, en réalité, ce qui est salarié ce n'est pas le mandat, mais le service rendu : on peut dire qu'ici le mandat, à cause du temps que prend son exécution matérielle et de l'habileté personnelle qu'il exige du mandataire, se double d'un contrat relatif au travail (louage ou entreprise) et que c'est ce dernier qui entraîne et justifie la stipulation d'un salaire ». Des mêmes auteurs, sous le n° 2232 : « Le mandat pouvant être salarié se rapproche singulièrement du louage de services : dans les deux cas, on voit une personne faisant quelque chose pour une autre, moyennant salaire. La différence est pourtant profonde entre les deux contrats : le louage de services a pour objet des faits matériels qui sont des travaux ; le mandat a pour objet propre des actes juridiques à accomplir pour le compte du mandant ; c'est donc dans la nature de l'objet qu'il faut chercher la différence des deux contrats. L'ouvrier ou l'employé travaille pour le compte et dans l'intérêt d'autrui ; le mandataire agit juridiquement, il fait des contrats, des paiements, des né-

gociations, pour son mandant. Il résulte de là que les médecins et même les avocats et les notaires ne sont point les mandataires de leurs clients ; ils ne font pour eux aucun acte juridique, ils n'agissent pas au nom de ceux-ci, ils exercent leur profession et agissent en leur propre nom, encore que leur travail profite à autrui ; le contrat qu'ils font est un louage de travail ou une entreprise.. » Et des mêmes, en note, p. 786, n° 2' : « La distinction entre le mandataire véritable et le simple employé qui loue ses services est délicate. Le fait qu'une personne coopère à l'accomplissement d'un acte juridique ne suffit pas toujours à lui conférer la qualité de mandataire : l'acte juridique qui consiste essentiellement en *une volonté*, s'accompagne ordinairement d'*actes matériels* dans lesquels la personne qui agit peut recourir aux offices d'un tiers, sans cesser d'être elle-même l'auteur de l'acte. Un véritable mandataire est celui dont *la volonté* entre seule en jeu lors de la conclusion de l'acte, qui prend *la résolution* nécessaire pour le conclure, qui *le veut et le consent* ; mais l'emploi d'un messenger dans la conclusion d'un contrat entre absents n'est pas un mandat, parce que le messenger, même chargé d'un message verbal, n'est qu'un instrument de transmission, comme un facteur et un employé du télégraphe, porteur d'une lettre ou d'une dépêche. Il peut donc y avoir des coopérations purement matérielles qui ne sont pas des mandats ; le mandataire est celui dont la volonté se substitue à celle du mandant. Pour cette raison, je crois qu'on ne devrait pas considérer comme des mandataires les employés des chemins de fer, des postes et des télégraphes, qui délivrent des billets ou des timbres-postes ou reçoivent des télégrammes moyennant des sommes d'argent déterminées par des tarifs fixes qu'il ne dépend pas d'eux de chan-

ger ; ils sont comptables, comme des détenteurs de choses en nature, mais ne sont que des agents de transmission et, dans bien des cas, pourraient être remplacés par des machines de distribution automatique. » (A comparer l'étude de Ihering : « De la coopération dans les actes juridiques », dans ses études complémentaires, traduction Meulenaere.)

Il ne faut pas perdre de vue, en effet, que l'idée de mandat a évolué dans le sens du rétrécissement de la conception primitive ; pour les Romains, l'objet du mandat, c'était la gestion, au sens le plus large du mot, d'un patrimoine d'où il résultait un mélange d'actes juridiques et d'actes matériels ; ces derniers sont exclus du mandat moderne (Voir les auteurs cités plus haut, n° 2232).

La responsabilité des délégués et employés vis-à-vis de la société et des tiers ayant été examinée, ce que nous venons d'en dire nous aidera à préciser la situation des administrateurs en ce qu'ils répondent des actes des mandataires substitués et des employés de la collectivité. Les employés (il faut comprendre sous cette dénomination même les fonctionnaires sociaux supérieurs tels que les directeurs techniques ou commerciaux) et ouvriers étant liés à l'entreprise par un contrat de louage de services ne sont pas, en principe, chargés d'accomplir d'actes juridiques, sinon accidentellement et à titre subsidiaire ; la société est responsable de leurs agissements, dans la limite de leurs attributions (« dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions », disent les arrêts et énonce la doctrine) ; mais es préposés, quels que haut placés qu'ils soient, doivent être surveillés et en cas de recours contre la société, les auteurs de l'imprévision, doivent être mis en cause pour supporter les conséquences de leur négligence ou de leur imprévoyance. Cette res-

ponsabilité incomberait, sans nul doute, aux administrateurs s'ils avaient le devoir d'exercer, par eux-mêmes, sur le personnel, une surveillance et un contrôle de son comportement. A vrai dire, il n'en est rien, en pratique, car le conseil d'administration, bien qu'investi de pouvoirs de gestion très larges, n'est pas tenu d'être attentif aux agissements des préposés de la collectivité ; cette obligation pèse seulement sur son président si nous supposons que celui-ci se voit conférer, comme ce sera toujours le cas, la nomination, le commandement et la révocation des agents et ouvriers sociaux, la surveillance et le contrôle des employés supérieurs de la société, et lui est, par suite, imposée, mais, par contre, il ne saurait répondre, sauf rapport, contre lui, d'une faute caractérisée, des actes d'un simple préposé à gages qui relève, lui-même, d'un chef de service. Il existe de la jurisprudence, déjà ancienne, en ce sens ; elle a gardé toute sa valeur sous le nouveau régime résultant de la loi du 16 Nov. 1940 (Lyon, 12 Août 1884, R.S. 385-166) (Lyon, 18 Juin 1891, J.S. 93-89).

Les administrateurs, sauf le président du conseil, dans certaines hypothèses, ne sont pas garants des agissements des employés, même supérieurs, de la société, mais ne répondent-ils pas des actes des mandataires qu'ils subdélèguent, soit *proprio motu*, soit en vertu d'autorisations statutaires, soit par l'effet de la loi ? Pour les mandataires ordinaires que le conseil se substitue, à titre individuel ou collectif, et qui ne peuvent être investis de fonctions de direction — ce qui enlève une grande partie de l'intérêt de la question — la réponse est simple, semble-t-il : Il y a lieu à application des dispositions de l'art. 1994 C.Civ. : « Le mandataire répond de celui qui s'est substitué dans sa gestion : 1° Quand

il n'a pas reçu le pouvoir de se substituer quelqu'un ;
2° Quand ce pouvoir lui a été conféré sans désignation d'une personne et que celle dont il a fait choix était notoirement incapable ou insolvable ». La situation est nette : si les statuts sont muets sur la possibilité de délégation partielle et temporaire, le numéro 1° de l'article ci-dessus règle les rapports du conseil et de la société, en ce qui concerne le substitué ; si le pacte social a prévu la nécessité de transmettre à des tiers, à titre précaire, certains pouvoirs du conseil, les administrateurs ne sont responsables de ces représentants que dans l'hypothèse prévue au n° 2 de l'art. 1994 (incapacité ou insolvabilité notoire du tiers désigné) ; même dans la première hypothèse, les administrateurs ne répondaient pas des actes des délégués, s'ils démontraient qu'ils ont été victimes de fraudes très difficiles à déjouer ou qu'ils n'ont pas été obéis en étant hors d'état d'imposer le respect de leurs décisions. Sous réserve de la solidarité entre mandataires qui est de règle en matière commerciale, il n'y a aucune raison particulière de déroger aux principes habituels, alors surtout que le ou les tiers ne peuvent se voir confier de missions très étendues et autres que temporaires. Les mêmes solutions devraient prévaloir, pour ce qui concerne les délégués du président du conseil et du directeur général qui pourraient même être investis, temporairement, de certaines attributions directoriales si, du moins, ils n'avaient pas qualité d'administrateurs.

Quid du Président qui a décliné la direction générale ? Le président du conseil d'administration exerce, en principe, les fonctions de directeur général ainsi que nous l'avons vu, mais il peut se faire suppléer. Nous sommes convaincu que son substitué facultatif, le directeur général, agissant en ses

lieu et place, au nom et pour le compte de la société, est son remplaçant légal et que l'on doit appliquer, dans les rapports de ce dernier avec le président, les principes posés précédemment par la doctrine et la jurisprudence lorsqu'il s'agissait, en exécution d'une disposition statutaire (loi du 24 Juillet 1867, art. 22, par. 2) de confier la gestion entière de la société à un tiers étranger, à son conseil (individu même actionnaire ou personne morale), en vertu d'une procuration par laquelle les administrateurs, collectivement ou agissant à titre individuel, lui transmettaient toutes leurs attributions. Cette faculté avait été vivement critiquée, lors de l'élaboration de la loi de 1867, au Corps Législatif, comme constituant une abdication de fonctions, incompatible avec les prérogatives et responsabilités du conseil, mais le texte fut néanmoins adopté : « Ces mandataires (les administrateurs) peuvent choisir parmi eux un directeur ou, *si les statuts le permettent, se substituer un mandataire étranger à la société et dont ils sont responsables envers elle.* » A vrai dire, cette possibilité qui ne peut exister qu'en vertu d'une clause formelle des statuts, a été rarement utilisée ; elle est dangereuse pour les associés et davantage encore pour les administrateurs ; la doctrine (Lyon-Caen et Renault, n° 838) et la jurisprudence (Bordeaux, 8 Mars 1886, J. S. 89-513) étaient d'accord pour considérer qu'en cette hypothèse et par suite de la rédaction de la loi, les administrateurs demeureraient responsables de leur mandataire, même s'ils n'avaient aucune faute à se reprocher, *in eligendo* (la doctrine traditionnelle du droit français se montre plus sévère pour la faute « *in eligendo* » que pour la faute « *in vigilando* ») et ils répondaient même de l'insolvabilité future du substitué. Leur exonération ne pouvait résulter que

d'un cas fortuit ou de force majeure si, par exemple, ils se trouvaient dans l'impossibilité absolue (au sens insurmontable) d'exercer un contrôle sur les actes du délégué, éventualité, il faut bien en convenir, exceptionnelle.

Il apparaît, malgré l'inexactitude juridique de sa formule, que l'art. 2 par. 1 de la loi du 16 Novembre 1940 qui stipule : « Le directeur général exerce ces fonctions pour le compte et sous la responsabilité du président », entend se référer, pour ce qui concerne les rapports du président du conseil avec son directeur général choisi par lui, même avec l'assentiment, nullement nécessaire, à notre sens, du collège des dirigeants sociaux, aux anciens errements et il n'y a aucun motif qu'il en soit autrement : le président doit exercer lui-même la direction générale mais s'il veut s'en décharger c'est sous son entière responsabilité, le substitué agissant alors aux lieu et place du mandant qui s'approprie *ipso facto* toutes les conséquences de l'intrusion de ce tiers dans les affaires de la collectivité. Ceci ne signifie pas, évidemment, qu'en cas de faute de la part du directeur général, la société en sera réduite à un recours contre le président du conseil, car les infractions sont, même au point de vue civil, le fait du mandataire sub-délégué ; le directeur général répondra vis-à-vis du président de ses fautes et de son dol, suivant les règles du droit commun et la société, les principes du mandat auquel elle est étrangère ne pouvant lui nuire mais seulement lui profiter, pourra actionner directement le directeur général, de par les dispositions de l'art. 1994 *in fine*, si bien que la personne morale pourra attaquer, en toute hypothèse, soit le président seul (quitte à celui-ci à se retourner contre le représentant fautif), soit le directeur général, soit tous deux. Il est d'évi-

dence, enfin, que les tiers lésés auront également un droit direct à réparation à exercer contre le substitué, suivant les normes usuelles ou contre le mandant, s'il est répréhensible, ou contre tous deux.

Il nous faut maintenant, et c'est la principale difficulté de la matière, examiner de quelle façon le président, exerçant ou non la direction générale, peut engager la responsabilité de ses collègues, étant sous-entendu que toute faute du directeur général, sauf rarissimes cas d'exonération profitant tant au président qu'au collègue des administrateurs, entraîne obligation à réparation du chef du mandataire légal du conseil. Si nous nous référons aux habitudes anciennes (v. note Hamel, D. 1933-I-89) ayant trait aux responsabilités des administrateurs pour l'indemnisation des fautes commises par les administrateurs-délégués (qui ne peuvent plus légalement exister), la position doctrinale et jurisprudentielle se révélait être la suivante : il ne pouvait être fait application, en cette hypothèse, des dispositions de l'art. 1994, par. 1, n° 2 du C. Civ. comme en matière de mandat ordinaire (nous avons vu plus haut des exemples de délégations courantes, déterminées, temporaires et limitées dans leur objet) la responsabilité, en cas de substitution de mandataire, permise par les statuts, ne pouvant être mise en jeu, à défaut de désignation nominale du représentant éventuel, qu'au cas où le substitué serait notoirement incapable ou insolvable.

Il ne fallait pas oublier, en effet, d'une part, que le conseil d'administration est un organe collectif de gestion, extériorisant la collectivité et lui permettant, sous le contrôle de l'assemblée générale, de pourvoir à la réalisation des fins assignées à la société ; en droit, d'autre part, les administrateurs,

même s'il est dérogé à cette règle par les statuts, doivent personnellement assurer la gestion des intérêts communs et cette obligation ne peut être éludée que dans le cas de l'art. 22 par. 2 de la loi de 1867, aux entiers périls et risques des dirigeants. En outre, ce mandat n'est pas gratuit, tant s'en faut, dans la plupart des cas. Il faut ajouter, enfin, que la délégation présente une forme générale, d'une grande plasticité et s'étend inconditionnellement, le plus souvent, à un nombre indéterminé d'actes et des plus importants. Ces considérations réfléchissaient, à n'en pas douter, sur la conception que l'on devait se faire de la mission et, par voie de conséquence, de la responsabilité des administrateurs, en cas de nomination d'administrateurs-délégués, investis des attributions de gestion courante des affaires sociales. Assurément, il ne fallait pas voir, dans les relations juridiques des administrateurs, mandataires de la collectivité, avec leurs subdélégués, des liens de subordination juridique, économique et sociale, comme en cas de louage de services, les motifs faisant défaut (il a été justement décidé — Seine, 7 Juillet 1922, J.S. 1923-397 — que les administrateurs, pris individuellement, et l'on pouvait ajouter « collectivement » — ne sont pas les commettants du directeur (ou administrateur-délégué) et que les tiers ne pourraient invoquer contre eux l'art. 1384, par.3, C.Civ.). Néanmoins, pour des raisons plus haut déduites, il fallait en tirer cette conséquence que l'on ne saurait se cantonner étroitement dans l'application stricte de l'art. 1994, par. 1, n° 2 du C.Civ. ; l'obligation de gestion de l'administrateur-délégué n'est pas exclusive de tout contrôle, de toute surveillance, de la part du conseil, entité juridique sans personnalité morale c'est vrai, mais organe collectif de représentation tant intérieure qu'extérieure

re de la volonté commune, en vue de la satisfaction d'intérêts généraux.

La jurisprudence en a déduit que (Cour de Paris, 29 Décembre 1934, J.S. 1935-557 : « Bien qu'ils n'aient pas bénéficié personnellement des escroqueries commises par l'administrateur-délégué et que leur probité ne puisse être mise en doute, les administrateurs d'une société anonyme demeurent civilement responsables vis-à-vis des souscripteurs, *de leur défaut de vigilance*, qui a permis l'accomplissement de ces actes délictueux et la dilapidation de l'actif social ; lorsque la négligence est commune à tous les administrateurs, elle crée une responsabilité collective entraînant leur solidarité pour le temps où ils ont exercé ensemble leurs fonctions ; la publication d'un bilan inexact entraîne la responsabilité personnelle, commune et solidaire du conseil d'administration lorsque ses membres n'ont pu ignorer le caractère irrégulier des actes de l'administrateur-délégué et n'ont pas pris les mesures qui s'imposaient pour y mettre un terme. » Cette responsabilité, d'ailleurs, à cela près qu'elle est contractuelle, pesait également sur les administrateurs à l'égard de la société, car l'administrateur doit apporter à la gestion des affaires sociales tous les soins d'un bon père de famille et répond de toute faute, même légère. Par ailleurs (Cass., 7 Janvier 1930, J.S. 1930, p. 414) : « Commettent des fautes de gestion, de nature à engager leur responsabilité, les administrateurs qui ne se sont assurés ni de la réalité du versement du premier quart des actions souscrites ni du versement des autres quarts dont le paiement devait avoir lieu dans le mois de la constitution, qui ont attendu plusieurs mois pour se réunir en conseil d'administration, *qui n'ont pas surveillé les agissements de l'administrateur-délégué*, ni em-

pêché l'emploi fait par lui des fonds de la société pour ses affaires personnelles, qui, ayant connu cette situation, n'ont pas de suite fait examiner la comptabilité et n'ont, après avoir pris des mesures exceptionnelles, cherché qu'à se démettre de leurs fonctions et à obtenir leur quitus ».

La responsabilité des administrateurs pouvait être atténuée et pouvait disparaître s'ils établissaient qu'ils avaient exercé, dans des conditions normales et conformes aux errements habituellement suivis, leur mission de surveillance et de contrôle ou qu'il y a eu impossibilité de constater ou d'empêcher la réalisation des opérations répréhensibles (Cass. 1^{er} Déc. 1931, J.S. 1933-31) projetées par l'administrateur-délégué.

Dans leurs rapports avec la société, les administrateurs devaient donc être réputés, faute d'avoir exécuté, en temps utile et convenablement, leur obligation de surveillance et de contrôle des actes de l'administrateur-délégué, responsables des conséquences préjudiciables, pour elle, des manquements ; à l'encontre des tiers, l'obligation de surveillance et de contrôle existait aussi à la condition, pour les demandeurs, de rapporter des preuves de l'imprévoyance, de la négligence des membres du conseil. La question, après la loi du 16 Novembre 1940, se pose-t-elle dans les mêmes termes ? A s'en référer au texte légal, il n'y aurait aucun changement, puisque le devoir de veiller sur le comportement de l'administrateur-délégué (actuellement le président du conseil) découle des prérogatives générales d'administration dont le collège des administrateurs n'a pas été dessaisi. La loi édicte : « La société anonyme est administrée par un conseil... (art. 1^{er}) ; il y a simplement substitution d'un organe collectif à l'ensemble, théoriquement organisé

(ne disons pas anarchique) et sans hiérarchie intérieure que constituait, d'après la loi de 1867, la réunion des gérants. Faut-il s'en tenir là, quitte, conformément à la tendance jurisprudentielle, à faire assumer, en outre, au président, *en tant que tel*, une responsabilité plus étendue que celle de ses collègues à raison tant de la part prépondérante prise à l'accoutumée aux délibérations que de la connaissance plus complète qu'on lui prête communément des tractations poursuivies ? (Montpellier, 17 Déc. 1930, J.S. 1932-22) (Cass. Crim. 28 Mai 1937, R.S. 1938-65).

Cependant, il existe des raisons d'en douter et de ne pas appliquer aveuglément les solutions anciennes au nouvel administrateur-délégué, supprimé par la loi, puis ressuscité sous la dénomination de « président du conseil » directeur général ou non. Dans l'ancien système, l'institution de l'administrateur-délégué, dont la désignation pouvait avoir lieu, dans le silence même des statuts (Thaller et Pic, n° 1133), puisqu'il s'agissait d'une faculté de substitution de droit commun (l'art. 22, par. 2 de la loi de 1867 dit, en effet : « Ces mandataires (les administrateurs) peuvent choisir parmi eux un directeur... »), présentait certains caractères qui ont été modifiés chez le nouveau mandataire substitué. Tout d'abord, la création du ou des administrateurs-délégués était facultative alors que le président — il ne peut y en avoir qu'un et un seul directeur général — *est un rouage obligatoire de la gestion sociale* ; puis, les pouvoirs de l'administrateur-délégué étaient librement définis par le conseil, cependant que les attributions du président sont déterminées, sinon dans leur espèce, en raison de la formule élastique de la loi, du moins dans leur étendue puisque les actes qui sont impartis à ce mandataire social

visent la « direction générale » et tout le monde est d'accord pour reconnaître que le conseil est obligé de lui conférer la possibilité d'accomplir par lui-même les opérations et tractations du service courant (celles-ci varieront, de toute certitude, avec l'objet social). Enfin, la fin des fonctions de l'administrateur-délégué se révélait sans inconvénient grave pour la société, cependant, qu'actuellement, toute la responsabilité de l'administration journalière incombant au président, il faut obligatoirement lui désigner un remplaçant en cas de cessation de son mandat ; nul ne peut, en effet, se substituer absolument à lui dans ses mission et responsabilité. Ces traits modifient assez profondément la physionomie de l'institution pour qu'on y prenne garde. Ce n'est pas en vain, bien que les pouvoirs du conseil d'administration demeurent, en principe, inchangés, qu'*au dessus de lui et, en partie*, en ce qui concerne les propres fonctions directoriales, *en dehors de lui*, un rouage nouveau, unique et obligatoire, de gérance des intérêts communs a été institué, pour centraliser l'initiative et la solution des questions courantes. Corrélativement, il devrait y avoir en contrepartie une diminution des responsabilité du conseil lui-même.

Le président doit être considéré, en effet, tantôt comme un administrateur, responsable, à ce titre, s'il échet, de la partie de la gestion que s'est réservée le conseil, sauf qu'une attribution plus grande de responsabilité (c'est une question de fait) peut lui incomber, par suite de sa situation prépondérante parmi ses collègues, tantôt comme le gérant des affaires courantes, exclusivement responsable, vis-à-vis de la société et des tiers, de son dol et de ses fautes, dans la sphère de ses attributions réservées. C'est une question d'étendue de la responsabilité qui se

pose désormais relativement à l'administration courante *et le principe même de cette responsabilité peut être discuté dorénavant*. Les collègues du président ont, certes, le droit et le devoir de se faire rendre compte des actes de leur représentant légal, mais leur obligation de surveillance et de contrôle est d'autant moins stricte qu'il y a délégation obligatoire, de par la volonté toute puissante du législateur, de certaines prérogatives.

Quoiqu'il en soit, en l'absence de toute jurisprudence à cet égard, il est prudent d'observer les règles anciennement suivies bien que, toutefois, on puisse tirer argument, dans le sens d'une attribution absolue au président de la responsabilité de la gestion courante, des sanctions prévues à l'art. 4 de la loi de 1940 : si, en effet, en cas de défaillance financière de la collectivité, les déchéances de la faillite sont applicables de plein droit au président et si, dans la même hypothèse, le président est visé en premier lieu, parmi les dirigeants qui doivent, éventuellement, combler de leurs deniers, le déficit social, c'est que le législateur a estimé que le principal mandataire de la société détient une part prépondérante dans l'administration, en dehors de toute ingérence directe de ses collègues, réduits au rôle de contrôleurs de sa gestion personnelle, dans ses attributions réservées, et, en fait, ses subordonnés, pour l'administration générale des intérêts et biens sociaux. Il y a très certainement, dans ces mesures de sévérité, une indication certaine d'un revirement législatif dans le sens d'un allègement de la responsabilité des membres du conseil autres que le président.

CHAPITRE III

LES CARACTÈRES ET L'ÉTENDUE DE LA RESPONSABILITÉ DES ADMINISTRATEURS

L'art. 42 de la loi du 24 Juillet 1867, modifié par l'art. 5 de la loi du 1^{er} Août 1893, édicte : « Lorsque la nullité de la société ou des actes et délibérations a été prononcée aux termes de l'article précédent, les fondateurs auxquels la nullité est imputable et les administrateurs en fonctions au moment où elle a été encourue sont responsables *solidairement* envers les tiers et les actionnaires du dommage résultant de cette annulation. — La même responsabilité solidaire peut être prononcée contre ceux des associés dont les apports ou les avantages n'auraient pas été vérifiés et approuvés, conformément à l'art. 24... » Par ailleurs, l'art. 44 de la même loi stipule : « Les administrateurs sont responsables, conformément aux règles du droit commun, *individuellement ou solidairement*, suivant les cas, envers la société et envers les tiers soit des infractions aux dispositions de la présente loi, soit des fautes qu'ils auraient commises dans leur gestion... »

Avant de commenter ces textes qui seront la base même de notre développement visant les caractères de la responsabilité des administrateurs de sociétés anonymes, il n'est pas inutile d'évoquer, à nouveau, pour élucider un point obscur, l'art. 22 (non abrogé par la loi du 16 Novembre 1940) de la

charte des sociétés par actions : d'après cette disposition, la collectivité confie la cogestion de ses biens et intérêts à des mandataires temporaires, égaux en droits, révocables *ad nutum*, salariés ou gratuits, pris parmi les associés ; or, actuellement, l'art. 1^{er} de la loi de 1940 énonce : « La société anonyme est administrée *par un conseil...* ». N'y a-t-il aucun changement dans la situation réelle en présence du désaccord apparent des deux rédactions ? Dans les mots, assurément, le conseil étant la réunion d'un collège d'individualités non hiérarchisées, au sens propre du terme, mais entre lesquels (il existe un président de l'organisme) règne un certain esprit, non seulement de coopération active pour des fins communes, mais de subordination — plus morale que matérielle, sans doute — envers le principal administrateur, véritable animateur de l'entreprise ; la loi nouvelle semble avoir opéré une révolution, il n'en est rien : elle n'a fait que reconnaître ce qui existait depuis au moins soixante ans, si bien que notre question préjudicielle à la discussion, doit être résolue par la négative.

Même avant la création des conseils d'administration, œuvres de la pratique, fruits de l'expérience, il apparaissait, même en l'absence de tous liens hiérarchiques ou pseudo-hiérarchiques entre les représentants permanents de la personne morale, que le régime de responsabilité à imposer à ces derniers, pour des motifs de principe, d'abord, puisqu'ils administraient en commun, sans répartition obligatoire d'attributions distinctes, puis, pour des raisons de fait, la discrimination des fautes possibles devenant très difficile, par suite du nombre des dirigeants, devait être la solidarité ; des législations étrangères étaient entrées résolument dans cette voie (v. l'article de M. le professeur Hamel dans le R.S.

1923-1933) ; la loi française a adopté une attitude moins sévère ; elle a restreint la solidarité *obligatoire* à certaines hypothèses visées à l'art. 42 de la loi de 1867. L'explication s'avère simple : Il ne peut y avoir d'inconvénient à solidariser l'obligation à réparation de fautes commises, lors de constitutions, d'augmentations de capital, ou d'irrégularités d'actes, de délibérations postérieures à la formation sociale, entre leurs auteurs, ces infractions pouvant être facilement évitées, et, en tout cas, constatées et réparées aisément. En toute autre matière, et même pour ce qui concerne les vices de publication, le législateur s'est montré plus prudent. Les contraventions légales ou aux statuts, les fautes de gestion, les délits et quasi-délits sont fréquemment l'œuvre de personnes facilement individualisables et point n'était besoin, pour la satisfaction des intérêts lésés et la bonne administration de la justice, d'avoir recours, contre les administrateurs répréhensibles, à la puissance coercitive aveugle qu'est la solidarité, avec ses redoutables conséquences, arme, souvent, à deux tranchants qui n'assure pas le châtimement du coupable impécunieux ou ayant su soustraire son patrimoine aux poursuites, mais risque, injustement, de frapper rigoureusement des innocents. Ces considérations comme aussi la nécessité de ne pas écarter de la gestion des sociétés de capitaux, des individualités exceptionnelles qui auraient hésité à s'associer à des risques très étendus et inéluctables, ont abouti à ne retenir, dans la plupart des cas, que la responsabilité individuelle des coupables eux-mêmes. Par ailleurs, la responsabilité contractuelle étant présumée et la responsabilité délictuelle embrassant, mais sous la charge d'une preuve à effectuer par tous moyens, toutes les négligences et imprudences, même les plus légères, il devenait certain

que toute sécurité serait donnée aux victimes possibles des fautes pour leur assurer les satisfactions légitimement dues.

La jurisprudence qui s'est formée sous les art. 42 et 44 de la loi de 1867, est entrée dans les vues du législateur. Elle donna à l'art. 42, relatif aux vices constitutifs ou assimilés, une interprétation restrictive, puisque la solidarité est obligatoire dans ces espèces ; elle admet la responsabilité principale et facultative des fondateurs, en cas de constitution, et la responsabilité principale et obligatoire des premiers administrateurs, quitte à faire partager solidairement le poids de la faute aux apporteurs, responsables facultativement et à titre subsidiaire (il existe pourtant des décisions de justice qui ont opéré la division de la condamnation entre ces divers intéressés mais à tort, croyons-nous). Il appartient aux mandataires sociaux, s'ils veulent obtenir leur exonération, de faire la preuve de cas fortuits ou de force majeure à leur décharge, comme nous l'avons précédemment expliqué. Bien entendu, il fallait tenir compte des complicités possibles, et, au vu des circonstances, des commissaires-vérificateurs d'apports et exceptionnellement des commissaires de surveillance se sont vus frappés, par les tribunaux, dans des cas de collusions frauduleuses caractérisées, de condamnations, avec solidarité avec les premiers administrateurs, les fondateurs et les apporteurs. Les tiers, complètement étrangers à l'administration, lorsqu'il pouvait être démontré, contre eux, une connivence répréhensible avec les principaux fautifs, ont été également associés, souvent avec solidarité, à leur disgrâce, mais il est vrai qu'il s'agit plutôt, dans ces dernières hypothèses, d'une responsabilité « *in solidum* » quand la part de chacun dans la faute ne peut être déterminée nettement. Cette

solidarité, aux termes de l'ar. 42, existe tant envers les actionnaires qu'envers les tiers, malgré que certaines divergences d'interprétation se soient produites.

Pour ce qui a trait aux augmentations de capital et aux actes et délibérations postérieurs à la constitution, il faut mettre en jeu des normes identiques.

En ce qui concerne l'art. 44 qui est un rappel au droit commun quand il se réfère à la responsabilité individuelle, il en a été fait une judicieuse application. En principe, la responsabilité est individuelle et doit être appliquée à chaque administrateur, dans la mesure du préjudice et en proportion des fautes de chacun (Trib. de com. du Havre, 8 Mai 1901, J.S. 1902-362) : « La responsabilité des administrateurs n'est solidaire qu'autant qu'ils ont participé aux fautes incriminées, ou qu'ils ont commis de graves négligences... L'administrateur dont la démission a été acceptée par l'assemblée générale ne peut plus être recherché à raison de faits postérieurs à sa démission, alors même qu'il aurait assisté aux réunions du conseil, si sa présence était motivée par l'intérêt des actionnaires... ». (Cass. 3 Décembre 1890, D. 91-I-117) : « Le membre du conseil d'administration d'une société anonyme de banque et de crédit doit être déclaré responsable, vis-à-vis de sa société, du prêt fait par celle-ci à un tiers, s'il a abusé de sa fonction d'administrateur pour faire réaliser ce prêt sans que l'assemblée générale des actionnaires ait été consultée comme elle devait l'être... Les juges du fond devaient rechercher si les faits allégués étaient démontrés et quelle part l'administrateur actionné y avait prise afin d'en déduire également la part de sa responsabilité, la circonstance que le fait dommageable a été commis par

plusieurs pouvant éventuellement et sauf la question de solidarité, diminuer la responsabilité d'un défenseur unique... », (Cour de Paris, 24 Janvier 1902, J.S. 1902-297) : « L'action en responsabilité dirigée contre un membre du conseil d'administration d'une société anonyme en raison de versements illégaux faits à un directeur doit être écartée, s'il n'est pas établi que cet administrateur ait accompli des actes personnels et pris une initiative et si les autres membres du conseil d'administration en fonctions à cette époque n'ont pas été actionnés. L'administrateur qui, par sa complicité, a facilité l'exécution d'actes illicites commis au préjudice de la société doit être tenu à la réparation de ce préjudice... » c'est avant tout une question d'appréciation de la conduite et du degré de culpabilité de chaque agent, le juge devant exonérer de toute responsabilité les administrateurs qui n'ont commis aucune faute et procéder, s'il y a lieu, à une division de la condamnation entre les dirigeants répréhensibles en répartissant l'indemnité entre eux, suivant la gravité des infractions et leurs conséquences. (Rouen, 26 Avril 1911, J.S. 1913-128) : « La responsabilité encourue par les administrateurs d'une société anonyme est solidaire lorsqu'il s'agit de faits délictueux et est individuelle lorsqu'il s'agit de la simple inexécution du mandat en dehors de toute circonstance de dol ou de fraude, chaque administrateur n'étant responsable que de ses fautes personnelles, sauf le cas où il y aurait impossibilité pour le juge de déterminer la part de responsabilité de chacun d'eux. Dans ce dernier cas, le juge a toutefois le pouvoir de déterminer la responsabilité et de la proportionner à la part que chacun a prise dans la faute commune. Il y a donc lieu d'exonérer de la responsabilité délictuelle et quasi-délictuelle l'administrateur dont la bonne foi et

l'inexpérience ont été surprises par les agissements dolosifs de ses co-administrateurs comme aussi de la responsabilité provenant d'une participation à une faute commune et indivisible. Mais il y a lieu de retenir la responsabilité née de la faute commise par cet administrateur en ne contrôlant pas les affaires de la société et en ne résignant pas son mandat du jour où il a pu se convaincre qu'il était hors d'état de remplir les fonctions qu'il avait assumées et qui lui avaient été attribuées inconsidérément. »

Il faut noter qu'en raison de sa qualité et déjà sous le régime antérieur à la loi du 16 Novembre 1940, la jurisprudence avait tendance, en raison de l'importance des fonctions du président du conseil, mieux éclairé que ses collègues sur la gestion et ses difficultés et prenant une part prépondérante dans l'élaboration et la discussion des décisions communes, à lui faire encourir une part de responsabilité plus étendue que celle de ses collègues. (Montpellier, 17 Décembre 1930, J.S. 1932-25) : « Le président du conseil d'administration d'une société anonyme qui a commis et laissé commettre des irrégularités dont le but était d'éloigner un actionnaire des assemblées, qui a refusé d'écouter la réclamation de cet actionnaire au sujet de la distribution irrégulière d'un dividende et qui, enfin, a sans cesse fait obstruction aux démarches faites par le même actionnaire pour se renseigner sur la situation de la société, est responsable du préjudice que cette attitude a pu causer à l'actionnaire en question... »

Toujours en application de ces principes d'individualisation de la responsabilité, les administrateurs qui, par suite d'un cas de force majeure (éloignement, voyage, raisons de santé) n'ont pu assister aux séances du conseil, doivent être mis hors de cause. Pourtant l'absence, par elle seule, n'est

pas une excuse et ne serait pas interprétée dans ce sens s'il était évident qu'il y avait une indifférence coupable, un désintéressement inadmissible, chez un mandataire social, des affaires communes (Paris, 13 Juillet 1892, R.S. 1893-223).

(Cour de Cass., 28 Février 1913, J. S. 161) :
« L'administrateur d'une société dont le siège fictif est à Londres, et le siège réel à Paris, où s'est centralisée la vie commerciale et administrative, ne saurait exciper de sa bonne foi en alléguant qu'il a été absent de la plupart des réunions tenues à Londres si, étant certainement renseigné sur la combinaison frauduleuse du conseil, il y a adhéré sciemment. »

Il a été jugé, par ailleurs, que les fautes commises par les premiers administrateurs, n'innocentent pas leurs successeurs qui ont persisté à suivre les mêmes errements, la réciproque étant également vraie, les fautes des successeurs n'influant pas sur la responsabilité de leurs prédécesseurs, à condition qu'il existe sinon une indivisibilité, mais au moins une connexité certaine entre les unes et les autres (Paris, 26 Décembre 1923, J.S. 1925-155, déjà cité).

La jurisprudence s'est ainsi attachée, d'une part, à limiter l'application de l'art. 42 établissant, dans certains cas, la solidarité légale, d'autre part, à utiliser, dans les cas visés à l'art. 44, la possibilité qui lui était laissée d'individualiser la responsabilité, et, enfin, elle s'est efforcée, en même temps, de proportionner la responsabilité à la gravité des fautes et à l'importance de leurs suites dommageables.

Cependant il existe des hypothèses, où la réalisation de l'infraction n'est pas l'œuvre d'une seule personne ou, si elle n'a comme agent qu'un seul individu, il est impossible d'en individualiser l'au-

teur masqué par ce paravent collectif de gestion des intérêts sociaux qu'est le conseil d'administration. Un obstacle, le plus souvent de fait, s'opposerait à la réparation si les tribunaux exigeaient, le rapport d'une preuve contre chaque auteur responsable. Il y a alors indivisibilité du fait parce qu'une faute commune a été commise ou parce qu'il s'agit d'un ensemble indivisible de fautes. Dans ces hypothèses, la jurisprudence applique, en cas de crime ou de délit, les principes de la solidarité édictés dans l'art. 55 C.Pén. : « Tous les individus condamnés pour un même crime ou pour un même délit seront tenus *solidairement* des amendes, des restitutions, des dommages-intérêts et des frais. » Il s'agit alors d'une solidarité parfaite ; mais quid lorsqu'il n'existe pas d'infraction pénale, tout au moins qualifiée crime ou délit ? La Cour de Cassation admet qu'en matière délictuelle ou quasi-délictuelle, l'art. 55 du C.Pénal s'applique par analogie (?). Cette jurisprudence dont l'origine remonte à 1817, semble d'autant plus établie qu'elle ne repose sur aucun fondement textuel, malgré l'objection tirée de l'art. 1202 C.Civ. qui dit que la solidarité ne se présume point. Toutefois, il s'est produit une évolution remarquable, en jurisprudence quant à la nature de l'institution juridique qui permet au créancier de demander le total à chacun des débiteurs ; les tribunaux ont cru d'abord y discerner un cas d'indivisibilité, puis un cas de solidarité. (Planiol et Ripert, *Traité élém. de droit civ.*, t.II, n^{os} 902 à 904) : « Système de l'indivisibilité. Anciennement les arrêts fondaient la condamnation au total sur cette considération que le fait dommageable est indivisible et qu'il est impossible d'en répartir la responsabilité entre ses auteurs ; on est donc obligé de condamner chacun d'eux pour le tout. On revenait ainsi au

principe romain de la simple condamnation « *in solidum* ». Cette qualification apparaît très nettement dans les arrêts de 1852 (Cass. 10 Avril 1852, D. 52-V-483) (Cass. 20 Juillet 1852, D. 52-I-258) et elle s'est longtemps maintenue (Cass. 11 Juil. 1892, D. 94-I-513 et 561, S. 92-I-503 et 508). Si chaque participant au délit pouvait être condamné au total, c'est qu'il était considéré comme ayant à lui seul causé le dommage tout entier. De là, une double conséquence : 1° La condamnation au total ne résultait pas d'une application des art. 1200 et suiv. du C.Civ. ou de l'art. 55 C.Pén., mais bien de l'art. 1382, et c'est pour violation de ce dernier article que devait être cassée toute décision qui fractionnait la condamnation (Cass. 29 Déc. 1852, D. 53-I-49) ; 2° lorsqu'il était possible de distinguer la part de chaque auteur dans le dommage causé, une condamnation solidaire ne pouvait être prononcée si le fait n'était pas réprimé par la loi pénale et l'indemnité devait être accordée au demandeur contre chacun d'eux pour des parts distinctes (Nîmes, 30 Avril 1895, D. 95-II-335 ; Comp. Cass. 31 Janv. 1891, D. 99-I-300, S. 1900-I-492). Ce dernier résultat était écarté en matière criminelle par l'application de l'art. 55 du Code Pénal, qui ne distingue pas, suivant que le dommage est ou non divisible (Cass. Req. 1^{er} Mai 1923, Gaz. Palais, 25 Sept. ; Cass. Cr. 8 Mars 1928, Gazette Palais, 25 Avril). Système de la solidarité : La jurisprudence la plus récente est entrée dans une autre voie. Entraînée par le mot « solidarité » et perdant de vue la distinction entre la vraie obligation solidaire et la simple obligation « *in solidum* » elle a peu à peu admis en cette matière diverses conséquences de la solidarité. Un arrêt a décidé que l'appel formé par l'un des débiteurs contre le jugement qui les a condamnés solidairement profite aux

autres (Caen, 5 Mars 1894, D. 95-II-329) ; d'autres ont appliqué l'art. 1285, relatif à la remise de dette consentie à l'un d'eux (Cass. 3 Juillet 1900, D. 1902-I-417 ; Paris, 28 Mai 1900, D. 1902-II-453 ; Cass. 17 Mars 1902, D. 1902-I-541). Voyez les notes qui accompagnent ces arrêts. Voyez aussi Cass. 11 Janv. 1905, S. 1905-I-72. La jurisprudence belge, après des hésitations (Cass. belge, 19 Déc. 1921, Pasierisie, 1922-I-112) s'est également prononcée pour l'application des règles de la solidarité (Cass. belge, 24 Janv. 1924, Pasierisie, 1924-I-159).

Recours entre les co-auteurs du délit. Un arrêt a décidé que les organisateurs d'une fraude n'ont pas de recours les uns contre les autres et que si l'un d'eux vient à supporter une perte par l'échec de leur entreprise, cette perte reste en totalité à sa charge (Poitiers, 23 Fév. 1897, D. sous Cass. 99-I-138). Cette solution est inexacte : le recours est recevable entre co-auteurs d'un fait délictueux, même en matière pénale. Voyez la note de M. Sarrut, sous Cass. 14 Novembre 1898, D. 99-I-65. En outre, si les fautes commises par chacun des auteurs du dommage ne sont pas égales en gravité, la répartition de l'indemnité peut se faire sur des bases inégales pour la contribution à établir entre eux (Cass. 26 Nov. 1907, D. 1908-I-139).

Quoiqu'il en soit de cette évolution, en la matière qui nous occupe spécialement, la responsabilité collective du conseil est engagée moins parce qu'il s'agit d'actions imputables à un ensemble d'individualités coopérant ensemble, dans un but identique, sous une même unité de direction, et en vertu d'une volonté sociale qui agrège toutes leurs volontés sous le signe d'une même identité d'intérêts, de motifs et de mobiles, qu'en raison de la difficulté presque insurmontable de déterminer le fait

de chacun dans la cause et la réalisation du dommage infligé sans droit à autrui ; (Il ne faut pas oublier, au surplus, que le droit commercial et les usages du négoce imposent, pour la stabilité et la commodité des affaires la solidarité comme règle fondamentale de la garantie due aux tiers comme aux parties).

C'est une indivisibilité relative qui oblige à réparation le conseil entier ; elle dérive de l'impossibilité pratique de répartir, entre ses membres, la responsabilité. Nous retrouvons là l'idée romaine : le tort de tous ne diminue pas la part de chacun dans la responsabilité. C'est bien la responsabilité « *in solidum* » différant entièrement de la solidarité puisqu'il ne peut y avoir de représentation mutuelle des co-débiteurs et que la source de la solidarité se trouve dans la convention ou dans la décision de la loi, alors que l'indivisibilité résulte d'une force incoercible et aveugle, d'un fait matériel (nous passons sous silence l'indivisibilité conventionnelle qui est sans rapport avec la question). La solidarité est une garantie pour le débiteur, l'indivisibilité est un simple obstacle naturel qui n'a pas de but et empêche en fait la division de la dette. Tout en admettant, *grosso modo*, la raison d'être, le motif de cette indivisibilité, la jurisprudence la plus récente qualifie le caractère de l'obligation à réparation se présentant ainsi, *de responsabilité solidaire* en écartant, toutefois, les conséquences de la solidarité parfaite relative au mandat que les co-débiteurs se sont censément donné « *ad conservandam vel perpetuandam sed non autem ad augendam obligationem* » (il serait plus exact de dire non pas qu'il s'agit d'un mandat, les débiteurs ne se connaissant parfois pas, mais qu'ils sont constitués d'office par la loi les représentant les uns des autres) en fait, l'application des

art. 1205 à 1207 C.Civ. Cette situation de droit est qualifiée de solidarité imparfaite et elle permet au créancier de contraindre chaque débiteur à l'intégralité de la réparation ; les effets secondaires de la solidarité ne se produisent point, pas même ceux qui lui sont communs avec l'indivisibilité, c'est-à-dire la suspension ou l'interruption de prescription. En conséquence (Cass. 17 Mars 1902, D. 1902-I-541), la prescription interrompue contre les uns continuera à courir en faveur des autres ; le jugement rendu au profit de l'un peut profiter aux autres en raison de l'indivisibilité de l'obligation, mais la décision qui condamne l'un n'est pas opposable à l'autre (Cass.Civ. 20 Déc. 1927, D.H.1928-67). (La question est, d'ailleurs, controversée.)

Le créancier a le droit d'actionner simultanément tous les co-obligés mais il n'y est pas tenu ; l'un des administrateurs pourra être poursuivi pour le total sans mise en cause de ses collègues, sauf à lui, conformément aux dispositions de l'art. 175, C. Pr. C., à les attirer dans le débat. Il possède, à cet effet, une exception dilatoire résultant tant des dispositions du Code Civil que du texte sus-visé, le code civil supposant que le débiteur poursuivi appelle en garantie ses co-obligés pour les faire tous condamner à exécuter conjointement l'obligation alors que le Code de Procédure la lui accorde, même s'il veut faire statuer simplement sur leur recours contre eux, au cas où il serait contraint par justice à satisfaire seul à l'obligation (Cass. 8 Nov. 86, S. 87-I-353 ; Cass. 13 Janvier 95, S. 96-I-387).

Les tribunaux procèdent, parfois, en condamnant les administrateurs coupables, au départage-ment des responsabilités et répartissent inégalement la charge des indemnités entre les responsables suivant leur degré de participation aux faits répréhen-

sibles. Cette habitude semble contraire aux vrais principes puisqu'en présence de l'unité de la faute commune et indivisible, nous devons trouver l'unité de réparation (Cass. 20 Janv. 1902, J.S. 1902-346) « Les administrateurs d'une société anonyme sont responsables du décès survenu par suite de maladie et du défaut de soins d'un ouvrier embauché... dans une région isolée et notoirement insalubre, alors que ces administrateurs s'étaient engagés à lui fournir le logement, la nourriture et les soins médicaux. Si le départ de la responsabilité entre les administrateurs ne peut être établi, en l'état de la cause, il y a lieu de les condamner solidairement au paiement de dommages-intérêts à la veuve de l'ouvrier décédé. » Cependant (v. Hamel, R.S. 1923-143 et suiv.), la notion de faute indivisible n'est pas en contradiction avec la divisibilité de la condamnation suivant la part de coopération des agents responsables dans la perpétration de la faute. S'il est naturel que la victime actionne l'un quelconque des administrateurs dans son ignorance de l'auteur du fait qui lui a porté préjudice et aussi parce qu'elle redoute de voir ses soupçons jugés sans fondements sérieux par les tribunaux, à l'issue des débats, de telle sorte qu'il lui est préférable de demander réparation soit collectivement à tous les membres du conseil, soit à l'un d'eux pris, en quelque sorte, au hasard, il est évident aussi que le magistrat, suivant la participation de chacun dans l'acte incriminé, tout en prononçant une réparation globale embrassant toute la lésion éprouvée, peut en effectuer le fractionnement, en raison même du degré de culpabilité de chaque agent et des conséquences qui en découlent. Ce n'est pas une entorse aux règles juridiques, c'en est l'application stricte et cette solution jurisprudentielle satisfait entièrement aux idées de justice

et d'équité sans porter dommage à la victime qui exécutera, intégralement, la condamnation obtenue, contre un seul des coupables.

Une dernière difficulté reste à solutionner : cette solidarité légale des art. 42 et 44 de la loi de 1867 peut-elle être conventionnellement supprimée ? — Un premier point ne souffre aucune discussion : il est impossible de porter nulle atteinte aux stipulations impératives de l'art. 42 qui ont été édictées dans un intérêt général et ont un caractère d'ordre public. Quant à la solidarité facultative de l'art. 44, peut-il y être dérogé ? Non, très certainement à l'égard des tiers et pour le même motif que ci-dessus. Pour ce qui concerne les associés (dans lesquels ne figurent naturellement pas les porteurs de parts de fondateur ou bénéficiaires investis de titres de créances éventuelles contre la société), les avis sont divergents : les uns, s'appuyant sur l'art. 1134 C. Civ. et sur le principe de l'autonomie de la volonté qui en découle, admettent que les statuts peuvent soustraire les administrateurs à la solidarité ; d'autres, et nous partageons leur opinion, estiment que la solidarité facultative s'analyse en une faveur dépendant des faits soumis aux tribunaux et que les dispositions de l'art. 44 présentent, au même titre que celles de l'art. 42, un caractère d'ordre public ne souffrant aucune exception conventionnelle.

Pour éviter des redites, nous examinerons la solidarité facultative des président effectif, président intérimaire, administrateurs membres du comité consultatif présidentiel et autres administrateurs en cas de faillite ou liquidation judiciaire de la société, à la fin du présent chapitre, quand nous parlerons de l'étendue des responsabilités.

Indépendamment de la solidarité imparfaite pro-

venant d'une faute collective, il existe, entre les membres du conseil, une solidarité réelle affectant l'ensemble de leurs actions de garantie (voir le chapitre 2). Au cas où celle-ci aurait à jouer, étant donné qu'elle répond des faits de charge de tout le conseil, les administrateurs innocents ont un recours contre les coupables pour se faire indemniser du préjudice subi du fait de la vente de leurs titres.

Ce que nous avons dit plus haut, relativement à la responsabilité individuelle, en principe, des administrateurs et ce que nous savons des causes de la responsabilité du président du conseil, directeur général ou non, nous dispense de consacrer un long développement aux caractères de la responsabilité du principal dirigeant de la société. Investi, de par la volonté souveraine du législateur, d'attributions spéciales et distinctes de celles de ses autres collègues, le président est individuellement responsable des fautes commises dans sa gestion personnelle ou dans celle de son directeur général substitué. D'après l'ancienne jurisprudence applicable à l'administrateur-délégué et dont nous sommes obligé de suivre les directives, par suite du troublant laconisme de la loi du 16 Novembre 1940, les autres administrateurs ne peuvent être actionnés que s'il était relevé, à leur charge, des défaillances de surveillance ou de contrôle (Amiens, 5 Fév. 1910, J.S. 1911-213) « Le fait pour certains administrateurs d'avoir négligé de surveiller les agissements frauduleux du directeur et d'avoir omis de vérifier les inventaires mensongers et les fausses déclarations de ce dernier, engage leur responsabilité vis-à-vis des tiers qui ont été induits à souscrire des actions sur la foi de la prospérité apparente de la société. Toutefois, la solidarité ne doit pas être prononcée si la part de responsabilité incombant à chacun peut être dé-

terminée. » Nul doute malgré nos hésitations, nos doutes et nos regrets, qu'il ne faille adopter actuellement les solutions antérieures, en discordance formelle avec l'esprit de la législation nouvelle. Il n'y a, bien entendu, rien de changé, si le président est actionné comme simple membre du conseil, ce seront les normes expliquées plus haut qui s'appliqueront, sauf à faire supporter au président une part de responsabilité plus grande qu'à ses collègues, en raison de sa situation prépondérante au sein du collège des mandataires sociaux.

Après avoir examiné les caractères de la responsabilité civile des administrateurs, nous avons à considérer son étendue. Dans quelle mesure les mandataires sociaux doivent-ils supporter les fautes communes ? (Nous commencerons notre étude par les sanctions antérieures à la loi du 16 Novembre 1940, car ce texte en a établi deux nouvelles dont une est personnelle au président et à son remplaçant).

En matière de nullités constitutives ou assimilées, la législation a évolué. Antérieurement à la loi du 1^{er} Août 1893, qui a modifié le premier alinéa de l'art. 42 primitif de la loi du 24 Juillet 1867, les fondateurs et premiers administrateurs se trouvaient substitués à la société annulée, par leur faute dépourvue d'existence légale ; ils supportaient, selon le droit commun, le fardeau de la réparation à effectuer mais suivant des règles inégales : à l'égard des actionnaires, ils répondaient, d'après les principes normaux de la responsabilité délictuelle, du préjudice à eux causé mais, vis-à-vis des tiers, ils étaient tenus indéfiniment de tout le passif social, *in infinitum*, même si les dettes provenaient de cause sans rapport avec la nullité et même s'ils avaient cessé leurs fonctions avant la création de

tout ou partie de ce passif (Cour de Cass. Req. 23 Janv. 1895, J.S. 95-57). « Les fondateurs auxquels la nullité d'une société anonyme est imputable et les administrateurs en fonctions à l'époque où elle est encourue sont solidairement responsables envers les tiers. Par suite, en cas de faillite de la société, le syndic représentant les créanciers sociaux a le droit de s'adresser à ceux qu'il veut choisir parmi lesdits fondateurs et administrateurs pour les faire condamner au paiement intégral du passif social. Mais les fondateurs et administrateurs ainsi poursuivis peuvent répéter contre les autres la part incombant à ceux-ci dans la dette commune et ils sont recevables à exercer incidemment à l'instance principale intentée contre eux par le syndic, un recours en garantie contre un prétendu fondateur non mis en cause par celui-ci, pour faire déterminer la mesure de la responsabilité de ce fondateur dans ladite dette ». (Contra-Cass. Civ. 23 Déc. 1889, S. 91-I-321). « Si les fondateurs et premiers administrateurs d'une société anonyme déclarée nulle sont solidairement responsables envers les tiers de tout le passif social, les actionnaires sont eux-mêmes responsables de ce passif jusqu'à concurrence du montant de leurs actions, la responsabilité des fondateurs et administrateurs n'étant engagée qu'autant que le capital-actions est insuffisant pour acquitter le passif. La responsabilité à l'égard des actionnaires, des fondateurs et premiers administrateurs d'une société anonyme annulée pour l'une des causes indiquées dans l'art. 41 de la loi de 1867, doit être appréciée, d'après les règles du droit commun, c'est-à-dire qu'elle n'est encourue qu'autant que le préjudice dont les actionnaires demandent réparation provient directement des causes mêmes qui ont vicié la constitution de la société et qu'il existe entre le préjudice

et la faute commise la relation directe reliant logiquement l'effet à la cause. En conséquence, cette responsabilité n'est pas engagée lorsque la ruine de la société provient non des irrégularités de la constitution, mais de causes tout à fait étrangères à ces irrégularités ». Le législateur partait de cette idée que, la formation sociale étant leur œuvre commune, ces personnes devaient personnellement et solidairement pallier à la défaillance de la collectivité en indemnisant les tiers, cependant qu'en ce qui concerne les associés eux-mêmes, le concours volontaire de ces derniers à la constitution entraînait seulement la responsabilité des fondateurs et administrateurs fautifs, conformément aux errements habituels. (Cass. 18 Juillet 1883, R.S. 84-135). « Les administrateurs et fondateurs déclarés solidairement responsables des irrégularités commises, lors de la constitution de la société anonyme, se trouvent, après la nullité prononcée et au regard de la société de fait qui a existé, dans la situation qu'ils se sont créée eux-mêmes par leurs accords. Spécialement, le pacte social peut être pris en considération pour le partage des dettes sociales entre les fondateurs et administrateurs ». En raison de cette rigueur excessive, de vives protestations se firent entendre et un remaniement législatif aboutit à la rédaction actuelle du paragraphe premier de l'art. 42 : la situation des fondateurs et premiers administrateurs est, dès lors, identique, qu'il s'agisse d'associés ou de tiers ; dans tous les cas, les mandataires sociaux et les créateurs de la personne morale (dans le cas de constitution seulement) ne peuvent assumer le poids de la responsabilité de leurs fautes qu'en raison du dommage résultant exclusivement de l'annulation soit de la société, soit de l'augmentation de capital viciée, soit des actes et délibérations postérieurs à

la constitution. Les actionnaires et les tiers (tels que les porteurs de parts bénéficiaires) doivent rapporter la preuve du préjudice immédiat et direct éprouvé par eux par suite des nullités commises et du rapport de causalité entre la faute et le dommage. (Trib. de Com. Marseille, 14 Février 1902, J.S. 1902-513) « Les fondateurs et administrateurs ne peuvent être rendus responsables de la nullité de la société pour défaut de versement du premier quart sur les actions si ce fait n'a pas été la cause déterminante de la ruine de la société. » Il fallait déduire de ce principe qu'une des propositions découlant du raisonnement antérieur visant la condamnation obligatoire pour des dettes postérieures à la retraite ou à la démission des administrateurs ne pouvait plus, comme conséquence de la modification intervenue, être retenu.

Par suite, si, malgré les irrégularités commises et l'annulation prononcée, les pertes subies par la société, les associés et les tiers en sont indépendantes, il n'y a pas lieu à dommages-intérêts ; inversement, le préjudice causé par le vice incriminé peut provoquer une extension de responsabilité à l'intégralité du passif social et au remboursement des mises, sauf au juge, à tenir compte, le cas échéant, pour la modérer ou même la supprimer, de la participation des associés ou des tiers aux fautes. Il se pourrait aussi que des dommages-intérêts correspondant à la totalité du préjudice ne résultant pas de la nullité soient accordés aux divers intéressés, s'ils justifiaient d'un dol commis à leur préjudice, car, dans cette hypothèse, les fondateurs et premiers administrateurs seraient tenus de toutes les séquelles, même imprévues de leurs agissements illicites. Si le tort causé n'a pas sa cause unique dans la nullité mais découle tout à la fois de celle-ci et d'autres

circonstances, il faudrait en tenir, évidemment, compte dans le calcul de l'indemnité.

Le montant de la condamnation solidaire des administrateurs et, le cas échéant, en cas de vice constitutif, des fondateurs, doit être réparti entre eux, suivant la gravité des infractions commises et leur influence sur les lésions éprouvées ; s'il est impossible d'opérer le départage, ce qui se présentera quand la faute est commune, la division sera, suivant l'appréciation, contestable, d'ailleurs, de la Cour Suprême, effectuée d'après l'intérêt de chacun dans la société, faute d'une autre méthode plus équitable (Cass. 3 Déc. 1925, Rec. Jurid. des Stés, 1926-127). Les parts d'insolvables seront à la charge des autres dans des proportions identiques (Cass. 23 Janv. 1895, S. 95-I-387). Les administrateurs et fondateurs qui ont acquitté la dette de tous ont un recours, en vertu des art. 1213 et 1214 C. Civ., contre leurs co-débiteurs, pour leur en faire assumer leurs parts, ce qui peut avoir lieu par l'effet d'une mise en cause lors de l'instance principale, ou, postérieurement, par action récursoire directe. Il se peut que les premiers administrateurs, en cas d'exemption de faute personnelle (c'est-à-dire s'ils n'ont pu, d'une manière certaine, et quelle que soit leur diligence, constater la cause de nullité) ne doivent garder à leur charge aucune partie de la condamnation. Ils ont alors un recours contre les fondateurs pour la totalité, s'ils ont payé l'indemnité imposée par justice. Il en peut être de même si la responsabilité des apporteurs ou de certains tiers est engagée pour les motifs déduits plus haut, ces deux dernières catégories de personnes pouvant être, suivant les cas, déclarées tenues du dommage découlant de l'annulation, avec ou sans solidarité. C'est aux tribunaux qu'il appartient, au vu des circonstances, de doser

entre les diverses classes d'intéressés et entre ces derniers eux-mêmes, le montant de la condamnation globale, d'après les conséquences dommageables incombant à chaque groupe et, dans l'intérieur de celui-ci, à chacun.

Les mêmes principes, à la solidarité obligatoire près, s'appliquent, quant à l'étendue, à toutes les autres éventualités de responsabilités des administrateurs. Que le conseil d'administration soit tenu en son entier et solidairement des conséquences dommageables de ses fautes ou que ses membres soient engagés individuellement à réparer un préjudice, la règle est toujours immuable et identique : la responsabilité est limitée aux conséquences des fautes soit du conseil, soit de l'administrateur en défaut. Un conseil d'administration ne peut être incriminé pour des faits répréhensibles commis antérieurement à son entrée en fonction, l'individualisation collective, si l'on peut employer ce terme, jouant, en l'occurrence, comme l'individualisation personnelle. (Trib. de Com. Seine, 10 Fév. 1908, J.S. 1909-221) « Lorsqu'il est démontré qu'il y a une corrélation directe entre les fautes des administrateurs et le préjudice subi par la société, ceux-ci doivent être condamnés à la réparation du préjudice causé non point solidairement pour la totalité dudit préjudice, mais solidairement pour chaque conseil d'administration qui a encouru cette responsabilité pour les fautes commises au cours de chaque exercice. » Cependant, le conseil pourrait être tenu d'actes répréhensibles commis antérieurement à sa gestion propre, s'il existait, entre les fautes personnelles de son prédécesseur et les manquements à lui reprochés, un enchaînement tel qu'on ne puisse séparer les conséquences des unes aux autres et si le préjudice résultant des premières se trouvait uni par un lien direct

de connexité avec les secondes. (Cour de Paris, 18 Juil. 1895, J.S. 95-433) « Lorsque la ruine d'une société anonyme a eu pour cause des spéculations et des actes antistatutaires, tous les administrateurs ...qui ont réalisé ou approuvé ces actes doivent être déclarés solidairement responsables (la responsabilité dérivait d'un ensemble indivisible de fautes) envers la société, du préjudice par elle éprouvé alors même que les opérations incriminées sont imputables au président du conseil et à un comité de direction, car, en supposant que les autres administrateurs aient ignoré ces opérations, ils ont fait preuve d'une extrême négligence et commis une faute lourde engageant au plus haut point leur responsabilité. Mais les administrateurs entrés en fonctions postérieurement à l'époque où la ruine de la société était pour la plus grande partie consommée, ne sont passibles solidairement de la responsabilité que dans la mesure, à apprécier par le juge, dans laquelle ils ont contribué à prolonger indûment l'existence de la société, au moyen d'opérations antistatutaires ». (Trib. Com. Seine, 30 Déc. 1921, J.S. 1922-509) « Les administrateurs qui n'ont pas fait partie du conseil pendant la période incriminée, mais qui n'en ont pas moins accepté de gérer et ont, en fait, géré une société dans laquelle aucune comptabilité sérieuse n'était tenue, participent à la faute collective commise et, par suite, la solidarité doit être prononcée entre tous les administrateurs. Pour l'appréciation de l'étendue et de l'importance de la réparation à allouer, il est juste de tenir compte, d'une part, de ce qu'un certain nombre des administrateurs ont spontanément renoncé, partiellement et temporairement, à une partie des avantages qui leur avaient été accordés, d'autre part, de ce que les actionnaires ont commis une réelle imprudence

en confiant la gestion financière d'une entreprise artistique à des hommes d'art sans doute mais non initiés aux affaires d'argent ».

De même, l'administrateur qui a cessé ses fonctions avant les irrégularités, ne peut être valablement mis en cause ; cependant si, par exemple, avant la perpétration des faits incriminés, il a concouru à leur préparation ou au commencement de leur exécution, il pourra être retenu comme co-auteur. (Cass. Civ. 14 Fév. 1898, J.S. 98-301) « L'administrateur d'une société anonyme qui, après avoir préparé une émission frauduleuse d'obligations et avoir présenté à l'assemblée des actionnaires un rapport volontairement inexact, donne sa démission par un acte d'habileté avant d'avoir participé matériellement à la rédaction dolosive des prospectus, est responsable du préjudice par lui causé aux souscripteurs et acheteurs de titres qu'il a contribué à entretenir dans une confiance trompeuse sur la situation de la société. Par suite, s'il est constaté que les actes préparatoires de l'émission formaient, avec les actes exécutoires de cette opération, un tout indivisible, si bien que le préjudice subi par les obligataires est le résultat d'une faute commune dont les divers participants sont complices, la solidarité peut être prononcée entre les parties condamnées, bien que les condamnations soient inégalement réparties entre elles suivant la gravité de la faute commise ». La situation est identique, si par une règle d'habileté, un membre du conseil se désiste de sa mission, en craignant les conséquences d'une faute projetée, puis, reprend à nouveau son poste, après la réalisation de l'irrégularité, donnant ainsi à celle-ci, tacitement, son adhésion totale. (Cour de Rouen, 4 Janv. 1911, J.S. 1912-59) « Commettent une faute lourde engageant leur responsabilité vis-à-vis des souscrip-

teurs qu'ils doivent indemniser de leurs versements, les administrateurs d'une société anonyme qui, avant la réalisation d'une augmentation de capital, ont disposé des fonds souscrits et les ont incorporés à l'ancien capital et confondus dans l'actif social. L'administrateur qui, au moment de la souscription à une augmentation de capital, avait cessé de faire partie du conseil, est, néanmoins, responsable, avec les autres membres de ce conseil, si, ayant repris ses fonctions avant la régularisation de cette augmentation de capital, il s'est associé en les ratifiant aux actes reprochés à ses collègues. »

Nous avons, jusqu'à présent, envisagé la situation normale des administrateurs, que la société anonyme soit *in bonis* ou non. Il nous faut maintenant examiner les sanctions exceptionnelles qui peuvent les frapper en cas de défaillance financière de leur mandante. Elles sont au nombre de trois : Les deux premières visent indistinctement tous les administrateurs, la troisième, qui présente surtout un caractère de déchéance, s'applique uniquement au président du conseil ou à l'administrateur en remplissant temporairement les fonctions.

La faillite (tout au moins la faillite de droit) est la déclaration judiciaire de l'état de cessation de paiements d'un commerçant pour dettes relatives à son négoce ou à son industrie. Il résulte de cette définition que, seuls, les commerçants peuvent être déclarés en faillite. Or, les administrateurs étant des mandataires n'effectuant aucune opération commerciale pour leur compte personnel, ne sont pas commerçants, à moins qu'ils n'exercent eux-mêmes, en leur nom, une profession de cette nature. Ils ne pouvaient donc par application du droit commun des faillites, être soumis à ce régime, à moins qu'une disposition exceptionnelle n'ait prévu spécialement

leur cas. A vrai dire, le premier des textes que nous allons analyser, ne les concerne pas uniquement, en droit, mais, en fait, ils y sont particulièrement visés et surtout le président du conseil.

D'après le dernier paragraphe de l'art. 437 du Code de Commerce, ajouté par le premier décret du 8 Août 1935 : « En cas de faillite d'une société, la faillite pourra être déclarée commune à toute personne qui, sous le couvert de cette société masquant ses agissements, a fait dans son intérêt des actes de commerce et disposé en fait des capitaux sociaux comme des siens propres ». Cette sanction, d'une gravité exceptionnelle, n'est que la consécration législative d'une jurisprudence qui semble remonter aux dernières années du XIX^e siècle (Cass. 19 Février 1894, J.S. 1895-233), tout au moins comme théorie générale consacrée par l'usage. Il était inadmissible, en effet, qu'un actionnaire devenu maître de l'entreprise par le rachat de la quasi-totalité des actions pût se livrer impunément au négoce et créer un passif important à la charge de la personne morale, en échappant lui-même aux conséquences de la faillite de la collectivité. Il était également choquant, en équité, de tolérer qu'un directeur ou employé de la société, s'abritant derrière son mandat, pût se soustraire personnellement à la faillite alors, cependant, qu'ayant, en fait, une influence exclusive de toute autre dans la gestion, il s'est comporté comme le maître de l'affaire qui fonctionnait à son profit exclusif. (Cass. 9 Juin 1928, J.S. 1930-209) « Le directeur ou l'employé d'une société peut être déclaré en état de faillite si, ayant fait acte de commerce en son nom personnel, il n'a pas agi en qualité de mandataire de la société, mais s'est, au contraire, constitué commerçant, en se livrant à des opérations commerciales consenties sous le couvert

de la société et en se faisant ouvrir des comptes personnels alimentés par les bénéfices réalisés à l'occasion de ses opérations et non portés au compte de la société. » Il fallait, dans l'intention de cette jurisprudence, que l'intéressé incriminé (administrateur, directeur, fondé de pouvoirs, employé) eût le comportement d'un simulateur, que l'on se trouvât en présence *d'une supposition de nom* (Voir note Cordonnier, sous l'arrêt précité). Il fallait, de plus, une immixtion continuelle et prépondérante dans les affaires sociales, à titre de propriétaire occulte des biens communs, telle qu'on puisse considérer que, bien qu'agissant au nom de la collectivité, la personne poursuivie faisait, sous ce couvert, ses propres affaires, sans qu'il y ait confusion nécessaire des deux patrimoines ; le texte actuel, d'après l'exposé des motifs, n'est que la reprise, sous forme législative, des errements jurisprudentiels et doit être interprété de la même manière (il faut remarquer que son application est facultative, pour le juge, en raison de complexité des questions à apprécier). Les conséquences de cette disposition se révèlent fort graves : outre les déchéances attachées par la loi à la faillite, son extension à un tiers le rendra débiteur, *de plano*, de tout le passif social et, bien entendu, suivant les cas, le coupable pourra même être déclaré banqueroutier. Cette sanction est le complément des prescriptions pénales édictées le même jour, par le législateur, à l'encontre des administrateurs qui utilisent les biens de la société dans un intérêt personnel ou abusent de leurs pouvoirs. Mais il ne s'en est pas tenu là et il a jugé à propos d'étendre la solution précédente à des hypothèses générales et indéterminées.

En effet, si la faillite ou la liquidation judiciaire de la société fait apparaître une insuffisance

d'actif, le tribunal de commerce peut, à la demande de syndic ou du liquidateur judiciaire, décider que les dettes sociales seront supportées jusqu'à concurrence du montant qu'il déterminera, soit par le président, soit par les administrateurs membres du comité, soit par les autres administrateurs ou certains d'entre eux, avec ou sans solidarité. — Pour dégager leur responsabilité, le président et les administrateurs impliqués doivent faire la preuve qu'ils ont apporté à la gestion des affaires sociales toute l'activité et la diligence d'un mandataire salarié » (Loi du 16 Novembre 1940, art. 4, par. 5 et 6). La nouvelle disposition légale constitue une dérogation remarquable aux principes anciens de la responsabilité des administrateurs qui ne pouvaient être tenus de leurs faits de gestion qu'en cas de fautes démontrées à leur charge. C'est, dans la matière, une considérable réforme que de déplacer le fardeau de la preuve et de créer une présomption, *juris tantum*, de faute qui sera d'autant plus ardue à détruire qu'il faut, pour parvenir à une exonération de responsabilité, démontrer une proposition de caractère indéfini ; il semble que les commentateurs n'aient pas assez pris garde à ce troublant problème (il se posera à nouveau dans la suite de l'étude, quand il s'agira des déchéances encourues par le président du conseil d'administration ou son suppléant à cela près que cette autre proposition sera négative au lieu d'être positive — ce qui ne change pas le point de vue —). La difficulté de preuve sera presque insurmontable, en ce sens, que la démonstration des causes d'exonération sera, en fait, presque impossible à rapporter à peu près complètement, la réalité d'une proposition positive ou négative indéfinie n'étant pas susceptible d'être établie. Cocceius disait déjà d'elle que sa véracité ne peut être en évidence

« *non quia negativa nec affirmativa sed quia infinita* » (*De directa probatione negativæ*). Cette présomption de faute ne jouera pas, d'ailleurs, contre les dirigeants de sociétés dont les biens mis en commun ne sont pas destinés à produire des bénéfices ou contre les administrateurs dont le mandat, en vertu de dispositions légales et réglementaires est exclusif de toute rémunération ou encore contre les mandataires sociaux de sociétés d'études et de recherches tant que ces dernières ne passent pas au stade de l'exploitation (art. 4 *in fine* de la loi du 16 Novembre 1940, dont nous avons parlé dans le premier chapitre) ; pour ces différents fonctionnaires sociaux, les art. 42 et 44 de la loi de 1867 continueront à s'appliquer uniquement comme par le passé que la société soit *in bonis* ou non.

Les nouvelles dispositions légales qui s'appliqueront, en raison de leur caractère d'ordre public, tant aux présidents et administrateurs français et étrangers de sociétés françaises et même, en vertu de décisions étrangères ayant reçu l'exéquatur dans notre pays, aux dirigeants, quelles que soient leurs nationalités, de sociétés étrangères ayant des établissements sur notre sol national, n'ont eu en vue que le cas de faillite ou de liquidation judiciaire d'une société anonyme. Il faut s'en tenir, la loi ayant un caractère exceptionnel, à une interprétation restrictive, suivant le brocard : « *Exceptio est strictissimæ interpretationis* ». Non seulement le texte ne peut être invoqué qu'en cas de faillite ou de liquidation judiciaire d'une société anonyme, mais le principe premier moteur de toute cette procédure se révèle être : « l'insuffisance d'actif ». Que faut-il entendre par là ? L'insuffisance d'actif, dans le langage du droit, c'est une des solutions de la faillite ou de la liquidation judiciaire, quand les fonds s'avèrent in-

suffisants pour poursuivre les opérations ; il faut alors les clôturer pour « insuffisance d'actif ». Il apparaît que ce ne peut être la pensée du législateur, en l'occurrence, et que malgré l'inexactitude technique de sa formule, il a entendu désigner par l'expression « insuffisance d'actif » qui pêche par une impropriété évidente d'expression, la situation de la société quand les dettes sont supérieures aux biens et créances.

Cela étant, il sera fort délicat d'apprécier, en fait, quand la loi devra être mise en action. Faudra-t-il attendre la réalisation de tous les avoirs sociaux ou, au contraire, se contenter d'un à peu près, d'une approximation, quand il semblera évident que le déficit social ne permettra pas de satisfaire les créanciers ? — La seconde solution est préférable (mais que d'incertitude et de difficultés...), car elle permettra, dans certains cas, de parvenir à un concordat simple ou à une transaction avantageuse pour tous.

Le tribunal de commerce, sur la procédure diligentée par le syndic ou le liquidateur judiciaire, jouit, il faut le noter, d'un entier pouvoir d'appréciation et peut, on ne saurait trop le souligner, même au cas où les conditions légales de condamnation seraient réunies, refuser sa sanction même si aucune justification d'irresponsabilité n'a été produite, quoique l'action ait été régulièrement intentée (sa décision, toujours susceptible d'appel, doit être motivée). Cette latitude laissée au juge montre bien que le législateur a tenu compte des difficultés d'exécution de ses prescriptions.

Non seulement la possibilité de la condamnation est laissée à « l'*arbitrium* » de la juridiction saisie, mais également sa quotité « jusqu'à concurrence du montant qu'il déterminera » qui peut, de toute évi-

dence, ne pas correspondre au déficit social mais ne saurait dépasser le montant des dettes de la collectivité vis-à-vis des tiers, y compris les frais de la faillite ou de la liquidation judiciaire (les actionnaires, quoique leurs apports figurent au passif du bilan, ne sont pas des créanciers et leur remboursement ne peut être garanti par les dispositions nouvelles, mais ils peuvent, comme par le passé, faire valoir, à l'encontre des dirigeants de la société, des demandes individuelles en dommages-intérêts, suivant le droit commun des art. 1382 et 1383 C.Civ.).

En outre, le juge détermine souverainement les personnalités des responsables : parmi ceux-ci figurent, en premier lieu, le président du conseil d'administration et l'administrateur son suppléant (mais non le directeur général étranger au conseil) ; il était évident qu'en raison même du rôle particulièrement important du président ou de son intérimaire (dans la mesure de sa délégation), exerçant ou non la direction générale, la présomption légale pèse sur lui, tout d'abord, à moins qu'il ne rapporte la preuve de son innocence ; il n'y a pas à établir de discrimination entre son comportement comme président ou comme directeur général ou comme simple administrateur, le magistrat devant apprécier souverainement les faits de la cause et doser, suivant son sentiment, les responsabilités encourues et le quantum de la réparation à imposer. Les administrateurs, membres du comité consultatif présidentiel, figurent ensuite, parmi les responsables, suivant la nomenclature légale, encore que l'on soit impuissant à comprendre comment leurs attributions spéciales, exclusives de tout pouvoir de décision, puissent être l'occasion d'une faute quelconque ; les autres administrateurs clôturent la liste des présumés coupables de la ruine de la société et

il faut remarquer que le texte, pour bien souligner le principe de la libre appréciation du juge, s'exprime ainsi : « Soit par les autres administrateurs ou certains d'entre eux ». La responsabilité du président pourrait être écartée complètement (ce qui serait fort rare) et celle des administrateurs, ou de quelques-uns, retenue. De même, la condamnation du président seul n'innocente pas ses collègues. C'est au juge de prendre en considération, pour éclairer sa religion, tous éléments quelconques de preuves. Il peut, au surplus, mais seulement par dérogation aux règles habituelles, la responsabilité étant, de droit commun, individuelle, prononcer la solidarité entre les condamnés ou certains d'entre eux.

Poursuivis en paiement de tout le passif social non couvert ou supposé non couvert par l'actif, les président et administrateurs présumés en faute ne peuvent échapper à la condamnation (facultative pour le tribunal) qu'en démontrant « qu'ils ont apporté à la gestion des affaires sociales toute l'activité et la diligence d'un mandataire salarié ». Nous avons indiqué plus haut, les difficultés de la preuve imposée par la loi. Nous n'y reviendrons pas si ce n'est pour noter, d'une part, qu'il faut justifier de « toute l'activité » formule nouvelle, assez imprévue, qui tend à exiger que les diligences des administrateurs se révèlent non pas seulement en paroles ou en écrits, mais en actes, et, d'autre part, que cette activité doit être celle d'un mandataire salarié (ce qui est presque toujours le cas), de façon que les dirigeants de sociétés soient responsables de la *culpa levis in abstracto* et non *inconcreto*, la loi étant, comme il se conçoit, plus exigeante pour le mandataire salarié que pour le mandataire gratuit (article 1992, par. 2, C.Civ.).

Désormais, pour le juge sans indulgence, la

voie est plus libre : « Au résultat de la législation ancienne, comme l'a fort bien remarqué M^e J. Michel, le juge devait faire un effort pour condamner ; avec la loi nouvelle, il lui faudra construire pour absoudre. Il est donc à craindre que, toutes choses égales, d'ailleurs, les risques courus par les administrateurs de sociétés anonymes, ne se trouvent notablement aggravés ». C'est peut-être montrer un peu de pessimisme et douter de l'esprit d'équité qui anime la majorité des magistrats.

On peut se demander, à la fin de cette analyse, si le nouveau texte s'imposait comme une innovation désirable. Il apparaît que non. Quelle était, à la date de sa mise en vigueur (1^{er} Janvier 1941) la situation ? Ni la faillite, ni la liquidation judiciaire ne sont un obstacle à l'exercice, pour fautes de gestion, d'une action sociale en responsabilité, du chef des actionnaires, contre les dirigeants fautifs ; rien n'empêche non plus les tiers, créanciers, porteurs de parts ou actionnaires, de mettre en œuvre des actions individuelles contre les administrateurs sur le fondement des art. 1382 et 1383 C. Civ. en vue de la réparation du préjudice causé. Toute la nouveauté de la réforme, à part des particularités procédurales, consiste dans le renversement du fardeau de la preuve ; ce n'est pas faire preuve de misonéisme que de trouver cette présomption légale manifestement inéquitable par suite de la complexité des causes de ruine d'une société, dans la plupart des cas, abstraction faite même du caractère indéfini de la démonstration justificative à apporter à son encontre. Il faut, au surplus, remarquer que la présomption de faute ne pèse sur le président et les administrateurs (brochure de l'ANSA, p. 23) « Que dans leurs rapports avec les créanciers sociaux — pour le paiement des « dettes sociales », dit le texte — mais non

point dans leurs rapports avec les actionnaires ; si ceux-ci prétendent exiger que le montant de leurs actions, devenues sans valeur par suite de la faillite sociale, leur soit payé par le président ou les administrateurs, ils doivent prouver l'existence d'une faute à la charge de ceux-ci et d'un rapport de cause à effet entre cette faute et le préjudice subi. »

Comme appréciation critique du nouveau régime, nous pouvons formuler, sans grand risque d'erreur, cette opinion : la loi nouvelle se borne, en réalité, à rappeler aux intéressés qu'en cas de faillite ou de liquidation judiciaire d'une société anonyme, la responsabilité pécuniaire personnelle des membres du conseil peut être mise en jeu ; quant à la présomption légale, ses effets seront fort atténués par cette circonstance que les tribunaux, et surtout les juridictions consulaires, statuent plutôt d'après des impressions générales résultant des débats que d'après les textes légaux, sans se préoccuper, outre mesure, de la règle « *actori incumbit probatio* », si bien qu'en définitive la réforme sera pratiquement dépourvue d'effets.

Le législateur a estimé encore insuffisante sa réforme et a voulu aggraver davantage la situation, déjà peu enviable, du Président du conseil.

L'art. 4 de la loi du 16 Novembre 1940 stipule, dans ses trois premiers alinéas : « Le président du conseil d'administration de la société est considéré comme commerçant pour l'application de la présente loi. — En cas de faillite de la société, le président est soumis à la déchéance attachée par la loi à la faillite. — Le tribunal de commerce peut, toutefois, l'en affranchir si le président prouve que la faillite n'est pas imputable à des fautes graves commises dans la gestion de la société. » La formule, un peu sybilline des deux premiers paragraphes ne signifie

pas, comme on pourrait le croire sans réflexion, que le président du conseil d'administration est commerçant, ce serait aller à l'encontre des principes les plus certains de notre droit. Les administrateurs et leur président sont des mandataires n'agissant pas en leur propre nom ni pour leur compte ; ils n'ont jamais été considérés comme des commerçants, à moins qu'ils n'aient, abstraction faite de leur mandat, personnellement cette qualité. Il faut seulement entendre ces deux phrases en ce sens qu'en cas de déclaration de faillite de la société, les déchéances (on ne sait pas pourquoi le texte porte « la déchéance » alors que la loi précédente du 18 Septembre 1940 disait « les déchéances ») attachées à la faillite lui sont *immédiatement et de plano* applicables. (Il aurait pu être utilement précisé, d'ailleurs, qu'il s'agit de la *faillite déclarée* et non de la *faillite de fait* résultant de la cessation de paiements sans constatation judiciaire). Il apparaît alors que l'on aurait pu sans inconvénient retrancher le premier paragraphe ; il a, cependant, son utilité. « Le président est considéré comme commerçant, *pour l'application de la présente loi* » signifie qu'il est tenu de l'ensemble des droits et devoirs d'un commerçant pour tout ce qui est relatif à la mise en œuvre du nouveau texte ; il n'est pas question de lui imposer la publication de son contrat de mariage, ni son immatriculation au registre du commerce, ni son assujettissement à la patente, etc... Ce sont là obligations qui n'ont rien à voir avec « l'application de la présente loi », mais le président sera soumis, sans tenir compte de sa propre profession personnelle, à la juridiction consulaire et pourra réclamer le bénéfice des dispositions relatives à la faillite et à la liquidation judiciaire, à la réhabilitation commerciale ou de droit commun (notamment en ce qui concerne

la faillite, si le tribunal de commerce, en cas de défaillance financière de la société anonyme pour cause de liquidation judiciaire ou de faillite, l'a condamné en vertu des dispositions de l'art. 4, par. 5, à contribuer au règlement du passif social, sa faillite personnelle pourra être prononcée pour manquement à cette obligation, alors que les autres administrateurs ne seront tenus que d'une dette civile, en leurs seules qualités de membres du conseil).

Le président ou l'administrateur qui le remplace — ils sont également visés par la loi, mais le second uniquement dans la mesure des fonctions déléguées — est donc réputé commerçant pour l'application des prescriptions de la loi du 16 Novembre 1940 et comme tel passible des déchéances résultant de la faillite. Ces déchéances consistent en des privations de droits civiques et politiques, de droits professionnels et de droits honorifiques (v. Percrou, Des faillites, 2^e édit., t. I, n^{os} 468 et suiv.). En outre, et il faut y insister, le président se trouve, de plein droit, par suite de la mise en faillite de la société anonyme, frappé de l'interdiction de diriger, administrer ou gérer, à un titre quelconque, une société par actions ou à responsabilité limitée ou une agence ou une succursale de ces sociétés ou encore d'exercer les fonctions de membre du conseil de surveillance ou de commissaire des comptes dans les mêmes sociétés, comme aussi d'en engager la signature sociale (décret du 8 Août 1935, art. 6) ; cette interdiction est accessoire à la déclaration de la faillite et constitue la déchéance peut-être, la plus grave, pour le président.

Les déchéances de la faillite ne peuvent s'appliquer aux dirigeants des sociétés visées à l'art. 4 *in fine* de la loi dont nous avons donné le commen-

taire précédemment, en raison du caractère spécial des fonctions conférées.

Le texte de l'art. 4 ayant un caractère nettement pénal, doit être interprété restrictivement quant aux actes et quant aux personnes. La liquidation judiciaire ne saurait, par suite, faire encourir de déchéances au président et le directeur général étranger, par le fait seul qu'il a exercé ses fonctions au moment de la faillite sociale, ne peut être déchu, comme le président ou son suppléant, des droits ci-dessus.

Si le président, directeur général ou non ou son suppléant (ou tous deux) encourt, sans aucune vérification judiciaire de responsabilité, les déchéances de la faillite, par l'effet d'une présomption légale, il ne lui est pas interdit de tenter d'y échapper mais la charge de la preuve (nous en avons parlé dans un précédent paragraphe) lui incombe et il faut reconnaître qu'elle est presque impossible à administrer, en raison de son caractère indéfini. Il doit, en effet, démontrer que la faillite « n'est pas imputable à des fautes graves commises dans la gestion de la société ». Cependant, à la différence de la responsabilité pécuniaire de l'art. 4, par. 5 de la loi de 1940, requérant pour l'exonération, la justification qu'il a été apporté à la gestion des affaires sociales toute l'activité et la diligence d'un mandataire salarié *responsable de toute faute, même légère*, le présent texte est moins exigeant : il faut et il suffit que le président prouve seulement qu'il n'a pas commis de faute *grave*. Qu'entend-on par là ? La faute grave, d'après la doctrine dominante, se distingue à la fois de la faute lourde et de la faute légère *in abstracto* en ce sens qu'elle doit être appréciée *in concreto* c'est-à-dire d'après le comportement habituel du président pour ses propres affai-

res, comme celles du mandataire non salarié (la question est, d'ailleurs, controversée, certains auteurs prétendant identifier la faute grave avec la faute lourde, équipollente au dol). Nous savons qu'en pratique cette discussion théorique ne présente pas le moindre intérêt, en raison des pouvoirs d'appréciation du caractère de la faute par le juge qui statue toujours en fait.

Ce qu'il faut retenir de cette disposition légale c'est son caractère strictement obligatoire. Le président se verra, *quelle que soit son honorabilité personnelle*, frappé de déchéances infamantes, même en dehors de toute faute, par le fait seul de la survenance de la faillite de la société anonyme et, pour s'en faire relever, il lui faudra entamer une procédure, en quelque sorte de réhabilitation, devant le tribunal de commerce qui, *même s'il est administré la preuve qu'aucune faute grave n'a été commise* (ce sera à peu près impossible), n'est pas obligé de faire droit à la demande — « peut » dit le texte. — Le président est donc entièrement soumis à l'arbitraire du juge.

Que faut-il penser de cette réforme ? Elle est néfaste, nous l'avons montré et ses conséquences s'avèrent déplorables ; elle éloignera des conseils d'administration nombre de notabilités compétentes et intègres et aura ainsi une répercussion regrettable sur la vie économique du pays. Au surplus, elle était inutile, car, par un décret du 8 Août 1935, les déchéances attachées par la loi à la faillite sont étendues obligatoirement aux administrateurs *condamnés* comme s'étant rendus coupables, en cette qualité, dans la gestion du patrimoine social de faits qui, accomplis par un commerçant sur son patrimoine personnel, constitueraient le crime de banqueroute frauduleuse ou le délit de banqueroute

simple ; par ce même décret, il est interdit à ceux qui ont subi certaines condamnations de diriger, administrer et gérer certaines sociétés dont les sociétés anonymes, et même, indépendamment de toute condamnation, en cas de faillite d'une société anonyme ou à responsabilité limitée, les administrateurs et gérants peuvent être frappés par le tribunal de commerce d'une interdiction d'administrer ou gérer *toute société quelle qu'elle soit*, si des fautes lourdes ont été relevées à leur charge. Le législateur l'aurait-il oublié ? Cette innovation est donc superfétatoire pour les gredins et les imprudents, mais agira comme un épouvantail sans égal sur les honnêtes gens. A-t-on réellement voulu cela ?

CHAPITRE QUATRIÈME

EXERCICE DE L'ACTION EN RESPONSABILITÉ CONTRE LES ADMINISTRATEURS

L'action en responsabilité contre les administrateurs est ouverte à diverses catégories d'intéressés. Pour la clarté de nos explications et en raison des régimes différents auxquels elle est soumise, suivant son origine, nous diviserons notre exposé en deux parties. Nous étudierons d'abord, la responsabilité incombant à ces mandataires sociaux, ensuite de l'annulation pour inobservation des règles constitutives ou assimilées, ainsi que pour irrégularités tenant au défaut de publicité ou à une publicité incomplète ou viciée, le système légal étant identique pour ces deux classes d'infractions, abstraction faite des personnalités à actionner ; nous envisagerons, ensuite, les hypothèses de droit commun pour autres inobservations des prescriptions légales ou statutaires, les fautes de gestion, les délits et quasi-délits.

*
**

Ainsi que nous l'avons vu, dans le second chapitre, l'action en responsabilité contre les administrateurs, en cas de nullités constitutives ou assimilées, c'est-à-dire ayant trait non seulement à la créa-

tion de la personne morale, mais aux augmentations de capital, réductions de celui-ci, fusions, etc... et pour des vices de publicité, est soumise à la condition de l'annulation préalable soit de la société soit des actes et délibérations, même de celles du conseil d'administration, lorsqu'il s'agit de la réparation à accorder aux tiers lésés pour les dommages y ayant exclusivement leur source ; la pensée du législateur a été de solidariser *ab initio* l'action en nullité à l'action en responsabilité, la première étant le prélude obligatoire de la seconde. En effet, si l'annulation n'est pas acquise, de quoi se plaindrait-on ? Il ne peut pas y avoir de préjudice puisque l'existence sociale continue comme si la société ou les actes viciés étaient valables ; ils sortent leur plein et entier effet et aucun tort n'est causé à qui que ce soit. Mais une fois la nullité prononcée, l'action en responsabilité devient indépendante, ce que l'on conçoit très clairement, puisqu'il faut alors réparer les incidences dommageables des irrégularités commises. De même que l'action en nullité, l'action en responsabilité appartient à tous ceux qui y ont intérêt, qui subissent un préjudice par le fait de l'annulation. Ce sont en premier lieu, les actionnaires qui ont un droit primordial à ne pas traiter avec une société nulle ou dont certaines opérations sont viciées, ensuite les créanciers qui souffrent généralement d'un dépérissement de leur gage ; les porteurs de parts bénéficiaires ou de fondateur peuvent également éprouver un dommage, frustrés qu'ils sont, souvent, dans leurs espérances de gain, tout au moins si la société vient à disparaître ou à périliter.

L'action en responsabilité intentée par les actionnaires est une action sociale puisque son objet est d'obtenir la réparation du préjudice, égal pour tous les ayants-droits, causé par la nullité de la so-

ciété ou des actes et délibérations postérieurs à la constitution ; s'ils l'exercent, *ut singuli*, le montant de la condamnation doit être versé dans la caisse sociale. (Cour de Paris, 19 Juin 1895, J.S. 95-421)

« L'action en responsabilité intentée contre les fondateurs et premiers administrateurs d'une société anonyme à raison de la nullité pour vices de constitution de cette société est une action sociale qui peut être également exercée par le liquidateur de la collectivité des ayants-droits. Cette action étant basée sur le préjudice causé au corps social par les infractions et vices d'origine qui ont motivé la nullité de la société, l'indemnité à obtenir pour la réparation de ce préjudice commun à la société entière doit profiter au fonds commun de la liquidation et être répartie entre tous les actionnaires indistinctement après l'acquit du passif et des charges de la communauté d'intérêts. Les actionnaires sont recevables à intenter contre les fondateurs et administrateurs responsables concurremment avec l'action sociale une action individuelle tendant à obtenir, en vertu de l'art. 1382 C.Civ. réparation du préjudice personnel qui leur aurait été directement causé par les agissements dolosifs de ces derniers, mais à charge d'établir une relation précise entre le fait dont ils se plaignent et le dommage qu'ils ont subi ». Par ailleurs, l'action en responsabilité serait ouverte, *ut universi*, aux représentants de la société, à condition qu'ils soient innocents des vices et l'indemnité obtenue est un actif social. Dans les deux cas, la collectivité des actionnaires ou quelques-uns d'entre eux font jouer l'action sociale mandati.

Il se peut, cependant, que certains actionnaires aient éprouvé un préjudice distinct de celui causé par l'annulation soit de la société soit d'opérations subséquentes ; dans cette hypothèse, ils ne poursui-

vent plus les responsables du chef de la société, en leurs noms, mais dans la mesure du dommage *séparé* qui leur a été occasionné et *par voie d'action individuelle* (art. 1382 C.Civ.) strictement personnelle, chacun des intéressés agissant indépendamment des autres et gardant à son profit, tout le bénéfice de sa procédure, l'échec de l'un étant sans incidence sur la demande d'un autre. (Cass.Civ. 5 Janvier 1880, J.S. 80-360) « Les actionnaires qui n'ont pas pris part à un procès intenté par d'autres actionnaires contre les liquidateurs de la société ont le droit de faire tierce opposition au jugement qui repousse la demande de ceux d'entre eux qui ont formé l'action. »

Tant que la société reste *in bonis* et existe, l'action sociale est donc exercée par le conseil d'administration (postérieur à celui qui a commis les irrégularités) ou par les actionnaires, soit individuellement, soit usant du droit de groupement qui leur est reconnu par les art. 17 et 39 de la loi du 24 Juillet 1867. Les créanciers et les porteurs de parts font appel, de leur côté, à des actions individuelles fondées sur l'art. 1382 C. Civ., pour obtenir les satisfactions qu'ils estiment leur être dues. Si la société, quand l'annulation est prononcée, soit de la collectivité, soit des actes et délibérations postérieurs, est en état de liquidation amiable, les liquidateurs substitués au conseil d'administration, agissent au nom de la collectivité des actionnaires. Mais ils seraient, comme les représentants normaux de la société, quand elle existait, mal fondés à poursuivre la réparation des torts causés aux actionnaires individuellement et personnellement, si le préjudice se révélait indépendant de la nullité. (Bordeaux, 30 Mars 1908, J.S. 1908-418) « Malgré la dissolution d'une société anonyme, son annulation pour vice de

constitution peut cependant être encore relevée et poursuivie, au point de vue de ses conséquences, dans les trois ans qui suivent la constitution si les faits d'où elle résulte sont générateurs d'une responsabilité pour les fondateurs et administrateurs et ont été la cause d'un préjudice certain. En cas d'annulation d'une société postérieurement à sa constitution pour souscriptions irrégulières, le préjudice direct résultant de ces souscriptions doit s'apprécier en se plaçant au moment de la dissolution, car c'est à ce moment seulement qu'il est possible d'établir une relation entre la faute et le dommage causé. Par suite la masse des actionnaires, à l'exclusion de celle des créanciers, reste seule fondée à récupérer le montant de la perte subie contre ceux qui peuvent en être responsables, s'il existait au jour de la dissolution un excédent d'actif rendant les souscriptions irrégulières sans influence appréciable sur la marche de la société. » Ne représentant pas, en principe et sauf mandat spécial, les tiers, les liquidateurs ne peuvent faire valoir leurs griefs que globalement sous forme d'action intentée pour la reconstitution du patrimoine de la personne morale (ce qui comprend la lésion éprouvée par les créanciers, les porteurs de parts et les actionnaires). Lorsque la société est en état de liquidation judiciaire, le liquidateur judiciaire, assistant seulement le conseil d'administration, n'a aucune qualité pour exercer l'action sociale dont la mise en œuvre dépend seulement du collège des administrateurs assisté du mandataire de justice (il en est autrement et uniquement pour l'application de l'art. 4, par. 4 de la loi du 16 Novembre 1940, ainsi que nous l'avons vu).

Si la société est déclarée en faillite, le syndic, par suite du dessaisissement, agit non seulement au nom de la masse créancière, mais pour le compte

des actionnaires « *in globo* ». (Trib. Com. Seine, 27 Mars 1893, J.S. 1894-53) « Les actionnaires d'une société déclarée nulle et mise en liquidation ne peuvent réclamer aux auteurs de la nullité le remboursement de leurs actions, en dehors de leurs droits à l'attribution qui leur sera faite dans la répartition de l'actif liquide. Ils ne peuvent avoir à exercer qu'une action en paiement de dommages-intérêts ». (Cour d'Aix, 23 Juin 1904, J.S. 1905-316) « Le syndic de la faillite d'une société a seul qualité pour introduire, tant au nom des créanciers que des actionnaires, une action en nullité de la société et en responsabilité contre les fondateurs et premiers administrateurs ». Représentant la société, il peut actionner en responsabilité les administrateurs coupables et même provoquer les sanctions de l'art. 4, par. 4 de la loi du 16 Novembre 1940. Le dessaisissement ayant un effet absolu, les actionnaires ne pourraient, en cas d'inertie du syndic, se substituer à lui (à la différence de ce qui se produirait en cas de liquidation amiable ou judiciaire) mais, bien entendu, ceux-ci resteraient maîtres de leurs actions individuelles ayant un fondement autre que le préjudice collectif. (Cass. Req. 18 Mai 1885, J.S. 1886-81) « Lorsqu'une société anonyme a été constituée illégalement... et qu'une personne a pris, comme administrateur sinon comme fondateur, part à la violation de la loi qui a entraîné la nullité de la société, un souscripteur d'actions qui a dû en verser le montant, invoque, à bon droit, les principes de droit commun et les prescriptions de la loi spéciale pour réclamer contre les administrateurs, la restitution des fonds qui auraient dû lui être rendus ou n'auraient pas dû lui être demandés, puisque la condition d'une constitution n'avait pas été remplie, la responsabilité des fondateurs et administrateurs dans

les sociétés anonymes ayant été établie expressément par les art. 41 et 42 de la loi de 1867, ainsi que par les dispositions du code civil au titre de mandat. L'action des souscripteurs a sa source dans une disposition du code civil et les stipulations d'un contrat et c'est la faute des administrateurs qui a été la cause du préjudice causé aux souscripteurs par l'absorption de leurs fonds dans une société nulle à l'égard de tous, excepté des tiers créanciers. Il n'échet dès lors de rechercher si la ruine de la société ou sa faillite ont été ou non occasionnées pour l'insuffisance du capital primitivement réalisé ou par un concours d'autres fautes ou d'actes de mauvaise gestion. Et il ne s'agit pas là d'une action sociale réservée au syndic de la faillite, mais bien d'une réparation personnelle à l'actionnaire lésé et exercée par lui dans les conditions de l'art. 42 de la loi de 1867 et du droit commun. Une transaction à forfait intervenue entre un administrateur et le syndic qui le poursuivait en responsabilité ne peut être opposable à un actionnaire alors que le syndic n'avait pas qualité pour le représenter, alors surtout que, d'après les termes de cette transaction, il n'a été stipulé ni avantages ni réparations au profit des actionnaires collectivement ou isolément et qu'elle n'a porté que sur les condamnations et réparations que la faillite pouvait avoir à exercer contre l'administrateur ». (Trib. Civ. Seine, 30 Juil. 1884, J.S. 85-27) « Le jugement rendu entre les fondateurs et administrateurs d'une société anonyme et le syndic de la faillite de ladite société ayant agi au nom de la masse des créanciers et dans l'intérêt collectif, ne saurait être opposé à l'actionnaire agissant en son propre et privé nom pour obtenir la réparation du préjudice qu'il aurait éprouvé en souscrivant des actions de la société ». Le syndic exerce un double

rôle : il représente à la fois la société et la masse créancière ; il peut donc exercer également les actions des créanciers sociaux (dans lesquels figurent les porteurs de parts) à moins que ceux-ci ne se prévalent d'un dommage spécial, indépendant de la lésion subie par l'ensemble de la catégorie intéressée et qui leur permet de procéder séparément.

Quelles règles régissent la prescription de l'action en responsabilité pour vices constitutifs ou de publicité ? D'après la doctrine commune, il n'y a pas lieu, en ces matières, de faire état des dispositions nouvelles ajoutées à l'art. 17 de la loi de 1867 par le décret du 31 Août 1937 (art. 4) et relatives à l'application contre les administrateurs pour fautes commises dans l'accomplissement de leur mandat, de la prescription triennale et de la forclusion des actions sociales édictées par ce texte, le système de l'art. 8 de la loi de 1867 se suffisant à lui-même. Ce sont donc les stipulations de cet article 8 qui doivent, de toute évidence, être suivies. Que dit-il en son parag. 6 ? « L'action en responsabilité, pour les faits dont la nullité résultait, cesse également d'être recevable lorsque la cause de la nullité a cessé d'exister, soit avant l'introduction de la demande, soit au jour où le tribunal statue sur le fond en première instance, soit dans le délai imparti pour couvrir la nullité et, en outre, que trois ans se sont écoulés depuis le jour où la nullité était encourue ». On constate, tout de suite, un parallélisme complet et voulu entre les causes d'extinction de la nullité et celles de disparition de la responsabilité civile en résultant (nous rappelons à nouveau qu'il s'agit non seulement de vices constitutifs ou assimilés mais d'infractions aux règles de publicité prescrites impérativement, l'art. 59 (nouveau) de la loi de 1867 renvoyant à l'art. 8).

S'il est profité des facultés de régularisation offertes par la loi l'action en nullité disparaît entraînant avec elle l'action en responsabilité, sous cette réserve que la responsabilité survit pendant trois ans « depuis le jour où la nullité était encourue ». A la vérité, cette restriction est incompréhensible ; la pensée du législateur révèle qu'il n'a pas voulu soustraire, immédiatement après la régularisation, les fautifs aux poursuites justifiées ; malheureusement son raisonnement, partant d'une idée équitable, s'avère erroné car, s'il n'y a pas annulation, il ne peut y avoir, en aucun cas, préjudice causé par l'annulation, partant pas de responsabilité pour réparer une lésion inexistante. Pour que cette disposition puisse s'appliquer (Wahl, S. 1910-II-65), il faut supposer que, *indépendamment de toute nullité*, l'irrégularité commise cause un préjudice aux actionnaires et aux créanciers... Si le vice constitutif ou assimilé ou de publication n'est pas réparé, l'art. 8 précise que les actions en nullité sont prescrites par cinq ans ; en raison de la solidarité des deux actions, l'action en responsabilité supposant l'annulation prononcée, il faut considérer que la même prescription joue pour les deux, à compter du jour de l'irrégularité commise, par application des principes généraux du droit. Enfin, l'on peut supposer que, sur une demande formée en temps utile, la nullité a été prononcée. Quelle sera alors la durée de la prescription ? Aucun doute ne peut subsister, malgré les dispositions nouvelles ajoutées à l'art. 17 de la loi de 1867 par le décret du 31 Août 1937, qui ne visent pas notre hypothèse, *régie par un texte spécial non abrogé*, les dispositions complémentaires sous-entendues restant soumises à l'application du droit commun : la prescription de l'action en responsabilité n'est acquise qu'après trente ans,

à dater de l'annulation. L'action en responsabilité fondée sur d'autres motifs de nullité (dol ou violence, incapacité, fraudes lors de la vérification des apports et avantages particuliers, hors le cas où le dol, la violence et les fraudes *commises au préjudice de la société*, comme nous le dirons ci-dessous, sont le fait d'administrateurs), se prescrit par trente ans ; pourquoi à défaut d'un *texte formel*, n'en serait-il pas de même pour les actions en responsabilité dont nous venons de parler ?

* *
* *

Nous allons maintenant passer en revue les effets de la responsabilité, pour violation et inobservation du mandat, des membres du conseil d'administration, en dehors des vices constitutifs ou assimilés ou résultant d'infractions aux règles de publicité organisées par la loi, vis-à-vis de la personne morale.

Les administrateurs, ainsi que nous l'avons précédemment exposé, en leurs qualités de mandataires sociaux, répondent, à l'égard de la personne morale, de toutes leurs fautes, même non intentionnelles, telles que els négligences, omissions, réticences, inobservations des lois et règlements. Le mandat donné au conseil est collectif, celui-ci exerce ses fonctions dans l'intérêt de la collectivité et pour la réalisation de son objet, aussi l'action qui peut être mise en œuvre contre lui ou contre certains de ses membres, qu'elle groupe l'universalité des actionnaires, par l'organe de ses représentants légaux ou quelques-uns d'entre eux *ut singuli*, est une action sociale qui a pour but la conservation, la reconstitution ou l'augmentation du patrimoine com-

mun. Le bénéfice de la condamnation à intervenir doit profiter à tous ces intéressés, de quelque manière que la procédure soit diligentée et quelque soit le nombre de parties litigantes, et les dommages-intérêts qui pourront être le résultat de l'instance, doivent être versés dans la caisse sociale pour règlement du passif et, s'il y a lieu, répartition de l'excédent entre les actionnaires.

L'action sociale est une prérogative exclusive de la société, mais son exercice relève également de la collectivité, *ut universi*, et des actionnaires séparément, agissant en leurs dites qualités, mais en leur nom personnel, dans la limite du préjudice éprouvé par chaque demandeur comme membre du groupe et dans la mesure de son intérêt (la solution résulte, en faveur de la procédure séparée de certains ayants-droits, du texte même de l'art. 17 de la loi de 1867 qui prévoit le groupement des actionnaires pour la mise en œuvre tant des actions sociales que des actions individuelles pouvant leur compéter). L'action sociale est donc un élément patrimonial de la personne morale et la société seule en a la disposition. Sous le régime antérieur au décret du 31 Août 1937 (art. 4) qui a ajouté quatre alinéas nouveaux à l'art. 37 de la loi de 1867, la société, par l'organe de son assemblée générale, pouvait disposer librement de cette action, y renoncer soit directement par ratification ou quitus *donné en connaissance de cause*, soit indirectement par un désistement, une transaction ou un compromis, aucun actionnaire, après son épuisement, n'étant admis à intenter des poursuites pour réparation du préjudice causé à la collectivité.

Il n'en est plus ainsi : le décret de 1937, entre autres innovations, après avoir précisé, en une forme absolument défectueuse et prêtant à discussion, que les clauses d'avis ou prohibitives n'auraient

plus d'effet dans l'avenir, stipule (parag. 3 de la loi de 1867) : « Aucune décision de l'assemblée générale ne peut avoir pour effet d'éteindre une action en responsabilité contre les administrateurs (le texte dit « les gérants et membres du conseil de surveillance », mais nous savons que l'art. 17 est applicable aux sociétés anonymes — art. 39 de la loi de 1867 —) pour faute commise dans l'accomplissement de leur mandat ». Cette disposition, absolument surprenante, qui ne peut viser que les actions sociales exercées *ut universi* et *ut singuli*, de par sa rédaction et son contexte, à l'exclusion des actions individuelles que peuvent faire valoir les actionnaires, suppose, à priori, que ceux-ci décident en aveugles sur les affaires sociales et d'après un mot d'ordre donné par les dirigeants de la société ; les informations que peuvent avoir les intéressés sur la marche de l'entreprise, leur droit d'investigation si étendu sur la marche de ses services, la latitude qui leur a toujours appartenu de discuter les intérêts sociaux, librement, à l'assemblée générale, la surveillance même, assez stricte, des commissaires aux comptes, tout cela est vain ; sans effet aussi la jurisprudence ancienne et constante de toutes les juridictions qui subordonne la validité d'un quitus ou de toute autre opération libérant les administrateurs des conséquences de leurs fautes, à la connaissance, éclairée et exempte de fraude ou de dissimulation, de toutes les circonstances de l'affaire. Cette mesure qui aboutit à permettre à des actionnaires, même ayant agi « *cognita causa* », de contester leur vote en toute liberté, ne saurait être approuvée tant elle choque l'équité d'autant qu'elle est contraire à la tendance actuelle qui vise à la diminution, par des modifications légales appropriées, du nombre des procès et elle n'aura comme résultat positif que de multiplier

les instances en responsabilité dont vivent certains aigrefins, spécialisés dans le chantage. Cependant, le législateur n'a pas pris garde, vraisemblablement, à ces incidences : il s'est proposé, croit-on, de rendre inefficace, pour les actionnaires dissidents et minoritaires, un quitus voté, à la légère, par une faible majorité ; le remède, si tel était le motif législatif, consistait à exiger un certain quorum de présence ou peut-être plus simplement — et cela eut mieux valu — de donner force de loi aux principes jurisprudentiels. Cette innovation radicale était inutile en raison de la protection accordée aux droits des actionnaires par les tribunaux

S'il est dorénavant impossible d'éteindre préventivement l'action sociale en responsabilité, même par délibération de l'assemblée générale, le décret du 31 Août 1937 n'a pas voulu, cependant, laisser, pendant trop longtemps, les administrateurs en butte aux poursuites possibles de la société, pour faits de charge. Le quatrième alinéa du nouvel article 17 de la loi de 1867 dispose : « Les actions en responsabilité contre les administrateurs (texte rectifié d'après l'art. 39) ou les commissaires de surveillance *sont prescrites par trois années* à compter de la date à laquelle se sont produits les faits pouvant donner ouverture auxdites actions, alors même que ceux-ci ne seraient pas constitutifs d'infractions à la loi pénale. Toutefois, si ces faits sont qualifiés crimes, la prescription demeure fixée à *dix ans* ». Auparavant, l'action en responsabilité civile pouvait être mise en mouvement pendant trente ans (prescription de droit commun à défaut d'un texte spécial) mais comme palliatifs la pratique avait imaginé deux procédés : dans le but d'entraver ou même d'empêcher les poursuites injustifiées, les clauses d'avis et les clauses prohibitives s'opposaient,

les premières soit à l'exercice immédiat et irréfléchi de la procédure, les secondes à la mise en œuvre elle-même des moyens légaux mis à la disposition des actionnaires pour défendre leurs intérêts (ces précautions jouaient, tout au moins si l'ordre public n'était pas intéressé, et, avec des distinctions, quant aux personnes qui actionnaient les dirigeants de la société) ; au surplus, *le quitus sans réserve accordé aux administrateurs déchargeait leur responsabilité* pour l'avenir à moins qu'ils n'aient enfreint des dispositions impératives ou prohibitives de la loi. Actuellement, les clauses d'avis et prohibitives sont réputées non écrites, elles n'ont plus d'efficacité ; nous savons, par surcroît, que rien ne peut s'opposer à la poursuite, par la société ou les actionnaires *ut singuli*, de ses dirigeants jugés répréhensibles. L'action sociale durerait donc, comme auparavant, trente ans à moins que les faits reprochés ne soient constitutifs d'infractions à la loi pénale. Dans ces hypothèses, en vertu des stipulations des art. 637 à 640 C.I.C. disposant que l'action civile fondée sur une faute pénale se prescrit par le même laps de temps que l'action publique, l'extinction de la responsabilité civile des administrateurs se produirait après dix ans, quand l'acte reproché constituerait un crime après trois ans s'il s'agissait d'un délit correctionnel, après un an si c'était une contravention. L'on parvenait presque ainsi à ce paradoxe que plus le fait était grave, plus courte était la prescription... puisque l'action civile consécutive à un crime, fait d'une exceptionnelle gravité, ne pouvait plus être exercée après dix ans alors que sa durée normale était de trente ans ; si ce n'était qu'un délit, acte moins grave, assurément, mais témoignant d'une grande immoralité chez son auteur, le sort était encore plus favorable et les poursuites

devaient être intentées dans les trois ans. C'était singulier, c'est le moins qu'on puisse en dire...

Il est juste d'ajouter à l'honneur des tribunaux qu'ils faisaient tous leurs efforts pour limiter l'effet injuste de ces règles un peu trop absolues. Ils établissaient une distinction subtile entre la faute pénale et la faute civile, les scindant, isolant leurs éléments, suivant une casuistique savante leur permettant de laisser la responsabilité civile subsister indépendamment de l'action civile proprement dite, dépendant seule de la poursuite pénale. Ils parvenaient ainsi à éluder, par exemple, la prescription pénale de trois ans, lorsqu'ils étaient saisis d'une action en dommages-intérêts ayant sa source dans un délit prescrit. Le nouveau texte a remédié à ces anomalies, *tout au moins partiellement*, car il ne se préoccupe, comme nous allons nous en rendre compte, que des actions sociales et non de celles appartenant en propre, à titre individuel, aux actionnaires et aux tiers (les actions judiciaires mettant en jeu la responsabilité de la société elle-même en tant qu'être moral, ne sont, bien entendu, pas visées). La disposition de faveur, introduite dans notre droit, établit, en faveur des administrateurs (et des commissaires de surveillance) deux courtes prescriptions. Quel en est le champ d'application ? Il faut en écarter résolument les causes de responsabilité découlant, ainsi que nous l'avons dit, des vices constitutifs ou assimilés ou provenant de l'inobservation des formalités de publicité, parce qu'en pareil cas, le régime spécial institué par l'art. 8 de la loi de 1867 doit être supposé maintenu comme statut exceptionnel se suffisant à lui-même, cette prescription légale n'ayant été abrogée ni explicitement ni implicitement (elle n'est nullement en contradiction avec les principes du récent texte). Tous les autres manque-

ments des administrateurs à leur mandat sont régis par le quatrième paragraphe de l'art. 17. « Les actions en responsabilité », dit la loi, c'est une formule absolument générale qui, si on la rapproche du contexte de l'alinéa précédent où il est question de « faute commise dans l'exécution de leur mandat » situe très exactement le domaine de la disposition réglementaire. Il s'agit non seulement de fautes de gestion (négligences ou imprudence dans l'administration du patrimoine social) pour mauvaise exécution du mandat mais de toute violation de celui-ci, le texte étant suffisamment large et compréhensif pour englober dans son champ d'application tous les dol et toutes les fautes à la charge des administrateurs, qualifiés, quand il s'agit de tiers, de violations de la loi ou des statuts, de délits et de quasi-délits. Mais ces prescriptions ne concernent que l'action sociale exercée *ut universi* ou *ut singuli*, que les faits qui leur servent de fondement puissent donner lieu ou non ou aient donné lieu ou non à des poursuites pénales. Elles sont absolument étrangères aux actions individuelles tant des actionnaires que des tiers, malgré les habiles et méritoires efforts de généralisation tentés par certains auteurs (v. Cordonnier, J.S. 1939, p. 269 à 273). Il convient, pour les convaincre de leur erreur (v. Solus, La Réforme du droit des sociétés) de leur signaler, pour couper court à toute discussion, en ce qui concerne les actions individuelles des actionnaires, que l'art. 17 est un texte écrit pour les seules actions sociales. *Il suffit de le lire, sans idées préconçues, pour s'en rendre compte*, surtout si l'on y ajoute cette considération que les alinéas 4 et 5 ont été inversés, l'alinéa 5 relatif à une forclusion *ne visant incontestablement que les actions sociales* et entraînant à sa suite, sous sa dépendance directe et immédiate, l'alinéa 4, ac-

tuellement interverti, le précédant à l'origine, aux cours de travaux parlementaires, mais non rétabli à sa place actuelle, sans aucun changement ni intention spéciale, au cours de la mise au point. Après cela, l'on peut, mais en vain, opposer que les clauses d'avis ou prohibitives et le droit de groupement des actionnaires n'étaient pas propres aux actions sociales et s'étendaient aux actions individuelles ; cette argumentation s'avère sans fondement sérieux. Il faudra en dire autant de l'extension du champ d'application des deux prescriptions aux actions des tiers non associés. Il ne sert de rien, s'appuyant sur des principes de libre recherche scientifique, de scruter les intentions les plus cachées du législateur et d'imposer, au nom de l'utilité sociale entendue, dans un certain sens, une solution qui ne découle nullement de la loi ; les partisans de l'extension aux actions des tiers des deux courtes prescriptions se bornent à prendre prétexte de l'*opportunité* du changement souhaité et du désir d'uniformiser les règles. Rien n'est plus souhaitable, sans doute, mais que faire sans fondement textuel ? Les alinéas 1, 2, 3 et 5 de l'art. 17 s'appliquent uniquement aux actions sociales et rien dans le texte du paragraphe 4 ne permet de supposer une dérogation qui ne s'y trouve pas. Pourquoi, d'ailleurs, ce régime de prescriptions abrégées, exorbitant du droit commun, serait-il appliqué, sans stipulation formelle (et à l'encontre des volontés du Parlement où il n'a jamais été question que d'actionnaires, dans les travaux préparatoires de la loi que le décret a suppléée avant qu'elle ne fût votée), alors surtout qu'il leur est défavorable, à des tiers, étrangers au contrat de société ? Pourquoi extérioriser ainsi une pièce maîtresse du mécanisme interne des sociétés anonymes, sans aucune nécessité ? Il faudrait expliquer cette

extension autrement que par des raisonnements judiciaires, certes, mais sans aucune justification prenant un appui sur des stipulations précises.

Les courtes prescriptions des actions sociales ont, pour point de départ, le jour d'accomplissement du fait répréhensible. Dans la généralité des cas, il n'y aura aucune difficulté à ce sujet mais des questions délicates pourront se poser en cas de faute successive ou continue. Dans ces deux dernières hypothèses, la prescription ne peut courir que de la dernière infraction ou de la date de la cessation de celle-ci. Les courtes prescriptions dont il s'agit n'étant pas régies par les principes du Code Civil, sont susceptibles d'interruption ou de suspension, conformément au droit commun. La prescription triennale est devenue celle de droit commun, à moins qu'il n'y ait faute criminelle ; dans cette éventualité le délai est porté à dix ans (il y a évidemment une indépendance complète entre les prescriptions de la responsabilité civile et les prescriptions pénales quant à leur point de départ, leurs causes de suspension et d'interruption).

Par ailleurs, l'art. 17, § 5 de la loi de 1867, stipule : « Toute action en responsabilité tendant à la réparation d'un préjudice subi par la société, fondée sur des faits et circonstances révélés à l'assemblée générale des actionnaires par un rapport (d'administrateurs ou de commissaires de surveillance) doit, à *peine de forclusion*, être intentée dans un délai d'un an à compter de la date de l'assemblée générale à laquelle ces rapports ont été soumis ». Jugeant insuffisante sa réforme relative aux prescriptions des actions sociales ordinaires, le législateur a organisé une forclusion, c'est-à-dire qu'il a imparti un délai préfix, insusceptible de suspension ou d'interruption, ayant, par suite, un caractère fatal, pour

actionner les administrateurs, à la suite de la divulgation de certains renseignements. Passé ce temps, toute possibilité d'agir est irrémédiablement perdue. La loi a estimé qu'informés des agissements répréhensibles des dirigeants, par des révélations à l'assemblée générale, la société et les actionnaires devaient prendre sans retard leurs avantages et qu'il était inutile, en conséquence, de laisser s'écouler la prescription. Si les demandeurs n'agissent pas, c'est qu'ils consentent à pardonner ou à approuver, suivant les cas. Quelles sont les conditions de la forclusion ? Le texte les énumère avec précision. Il faut : 1° Une révélation de faits et circonstances répréhensibles, peu importe leur nature civile ou pénale ; 2° Que ces divulgations émanent du conseil d'administration ou d'un ou plusieurs administrateurs en fonctions ou des commissaires de surveillance ou de un ou plusieurs commissaires aux comptes, pourvu qu'ils soient en exercice ; 3° Que les faits ou circonstances dans tous leurs détails soient consignés avec clarté et loyauté dans un rapport écrit (la loi dit qu'il doit être « soumis ») présenté à l'assemblée générale ordinaire ou extraordinaire groupant l'universalité des actionnaires avant le vote des résolutions — postérieurement la révélation serait inopérante —. Point n'est besoin, en principe, de signaler, dans l'ordre du jour, les révélations à effectuer. Bien entendu, les faits et circonstances non révélés ne font pas courir le délai.

Par rapprochement avec les paragr. 3 et 4 du même article 17 et d'après ses termes mêmes, l'alinéa 5 qui parle de « toute action » se réfère, comme la disposition qui le précède immédiatement, aux actions sociales *ut universi* et *ut singuli*. (A l'exception, nous l'avons signalé, des actions en responsabilité pour nullités constitutives ou assimilées ou

pour vices de publicité). Les courtes prescriptions et la forclusion ont un champ d'application identique : « Toute action en responsabilité », proclame notre texte, « tendant à la réparation d'un préjudice *subi par la société* ». On ne saurait être plus clair.

La forclusion est opposable, c'est l'esprit même de la disposition légale, à tous les actionnaires de la société, qu'ils aient été présents ou non à l'assemblée où la divulgation s'est produite, et, à la personne morale elle-même ; au bout d'une année, après la séance, toute action est interdite. Nous avons supposé qu'aucun vote n'avait approuvé les agissements répréhensibles ; quid si des actionnaires y ont donné régulièrement leur assentiment ? Dans cette hypothèse et sauf si l'ordre public est intéressé, tout actionnaire qui a couvert par son vote les actes fautifs est immédiatement forclus *même personnellement*, et il en sera de même pour la société, si la majorité s'est décidée en faveur des coupables. Mais les tiers qui, officiellement, n'ont pu être mis au courant des révélations, puisqu'ils ne font pas partie de l'assemblée générale, *même si leurs représentants y ont assisté régulièrement en leurs dites qualités* (reconnaissons, d'ailleurs, qu'en cette toute dernière éventualité, il peut y avoir incertitude sur la solution) ne peuvent se voir opposer la forclusion.

*
* *

Nous n'avons pas encore parlé des tiers intéressés à agir, en dehors de tout vice constitutif ou assimilé ou de tout vice de publicité, en responsabilité contre les administrateurs. Il nous faut main-

tenant préciser les règles qui régissent leurs actions, abstraction faite du point de vue procédural.

Les actionnaires lésés personnellement (et non en tant que membres du corps social) par les violations de la loi ou des statuts, les délits ou les quasi-délits des administrateurs, peuvent poursuivre ces derniers en réparation du dommage causé. Ils utilisent alors une action individuelle, basée sur les art. 1382, 1383 C.Civ. (Cass. 16 Mars 1910, J.S. 1911-154) « Si plus de trois ans se sont écoulés depuis le jour où la nullité prétendue a été encourue et le jour de l'assignation, l'action en responsabilité est irrecevable comme étant prescrite. Le silence prolongé d'un souscripteur d'actions et le fait pour ce dernier d'accepter l'échange de ses actions contre celles d'une nouvelle société substituée à l'ancienne par délibération de l'assemblée générale des actionnaires doivent être considérés comme emportant renonciation au droit de se prévaloir d'actes quasi-délictueux commis par les administrateurs de l'ancienne société. » Au surplus, ils ne peuvent obtenir réparation des fautes de gestion commises par les dirigeants qu'en mettant en œuvre, comme nous l'avons indiqué, en groupe ou séparément, le droit qu'ils tiennent de l'art. 17 de la loi de 1867, à moins qu'ils n'agissent comme les créanciers sociaux suivant le droit commun (voir ci-dessous) mais en aucun cas, il ne leur est permis, *n'étant pas créanciers* de se prévaloir de l'action oblique de l'art. 1166 C.Civ.

Outre les attributions qu'il tient de la loi du 16 Novembre 1940, art. 4, et que nous avons exposées (prérogatives qu'il partage avec le liquidateur judiciaire par une disposition dérogeant entièrement au droit commun) le syndic de faillite représente tout à la fois la collectivité des actionnaires et la

masse créancière. Suivant qu'il utilise l'une ou l'autre de ses qualités, ses pouvoirs sont réglés en conséquence.

Il n'y a rien de particulier à signaler sur les attributions compétant au liquidateur amiable qui représente la société, à l'exclusion, dans la plupart des cas, des actionnaires. Il en est de même pour le liquidateur judiciaire, sous la réserve ci-dessus, puisque son rôle consiste à assister la débitrice.

A l'égard des autres tiers, tels que les créanciers sociaux et les porteurs de parts de fondateur, les administrateurs, qui n'ont pas traité avec eux, sont responsables, conformément au droit commun (art. 1382 et 1383, C.Civ.) des violations de la loi et des statuts, ces prescriptions légales et statutaires ayant été formulées dans l'intérêt public ou collectif, pour la sauvegarde et la garantie des droits des divers intéressés ; elles sont la charte de tous et leurs dispositions doivent être respectées. (Paris, 27 Juil. 1898, J.S. 99-162) « Constitue une faute qui rend les administrateurs d'une société anonyme responsables envers les souscripteurs, dans les termes de l'art. 1382 C.Civ., la création de bons, d'obligations, en violation du décret de constitution de la société (de chemins de fer) et de ses statuts.

« A cette faute vient s'ajouter une faute de gestion quand la création des bons gagés sur des appels de fonds sur les actions de la société a eu lieu à une époque où le délai de deux ans, depuis la mise au porteur des actions était sur le point d'expirer, entraînant la libération des souscripteurs primitifs, la mission des administrateurs des sociétés anonymes consistant non seulement à sauvegarder les intérêts de la société et des actionnaires, *mais encore les intérêts des tiers* qui contractent avec la société ; cette faute de gestion entraîne la responsa-

bilité des administrateurs vis-à-vis des tiers lésés ». (Il y a lieu de faire toutes réserves sur la mission de gérant d'affaires d'autrui que la Cour attribue ainsi, si gratuitement, aux administrateurs en faveur des créanciers...)

Les créanciers sociaux ne peuvent actionner, en principe, les dirigeants de la société, en vertu de leur mandat, pour fautes de gestion, la convention intervenue entre la collectivité et ses gérants étant : « *Res inter alios acta* », mais ils ont la latitude, si la débitrice se montre négligente, d'utiliser, contre eux, du chef de celle-ci, l'action oblique de l'art. 1166 du C.Civ., sauf à se voir opposer les moyens de défense et exceptions dont les administrateurs pourraient se prévaloir à l'encontre de la société ; c'est une procédure périlleuse mais c'est la seule voie ouverte dans les hypothèses normales. *Cependant, si les administrateurs ne doivent aux tiers « aucune diligence de conduite »* (Paris, 2 Août 1870, J. 74-1-103), *il ne faut pas oublier que le recours direct est ouvert aux intéressés s'ils découvrent (ce sera fréquent), dans le comportement des membres du conseil, des fautes délictuelles ou quasi-délictuelles*, car ces derniers sont garants de leurs imprudences, négligences, ignorances, inattentions, ou inobservations des prescriptions légales ou réglementaires. (Trib. Com. du Havre, 24 Juin 1902, J.S. 1904-444) « Les administrateurs d'une société anonyme sont responsables vis-à-vis des créanciers sociaux des fautes commises par eux. En cas de faillite de la société, les créanciers qui n'ont reçu qu'un dividende sur le montant de leurs créances sont en droit de leur demander réparation du préjudice qui en résulte. Les créanciers peuvent, suivant les cas, agir contre les administrateurs soit par action directe en vertu des art. 1382 du C.Civ. et 44 de la

loi du 24 Juillet 1867 notamment si les administrateurs ont commis des actes contraires à la loi ou aux statuts soit par action indirecte comme substitués aux droits des actionnaires leurs débiteurs, en vertu de l'art. 1166 C.Civ. si les administrateurs ont commis des fautes de gestion dans la limite de leur mandat. Les créanciers sociaux ne peuvent prétendre contre les administrateurs au remboursement intégral de leurs créances qu'autant que les fautes incriminées ont causé la ruine de la société et seulement dans la limite du préjudice qui en est résulté pour la société, proportionnellement au montant de leurs créances. » *Nous retombons alors, comme précédemment, dans le champ d'application de la responsabilité fondée sur les art. 1382 et 1383 C.Civ.*

Bien entendu, les administrateurs répondent, *vis-à-vis des tiers, de tous leurs autres délits et quasi-délits*, suivant le droit commun. Si la société est responsable, comme tout individu, *ex delicto*, des actes de ses représentants, dans la sphère de leurs pouvoirs apparents, ses représentants, en ce qui les regarde, lorsqu'ils outrepassent les limites de leur procuration, sans donner aux tiers connaissance de leurs pouvoirs réels, engagent leur propre responsabilité, *ex delicto*, si la ratification n'est pas obtenue ; la jurisprudence a fait souvent application de cette règle ; la publication des statuts ne suffit pas à elle seule, même si elle est intégrale, à donner aux tiers connaissance des pouvoirs des administrateurs : il est communément admis que, pour les actes inhabituels et graves, excédant les attributions normales, il appartient aux tiers de s'assurer si leurs co-contractants, *ès qualités*, sont habilités pour les passer, mais s'il s'agit d'actes normaux de gestion, c'est aux administrateurs, dont les pouvoirs sont

conventionnellement restreints, d'en informer les tiers ; c'est là une règle fort sage, au demeurant. Il est, d'ailleurs, impossible de donner, cela se conçoit, autrement que par aperçus sommaires, des exemples de la mise en œuvre de la responsabilité des administrateurs. Pour finir, mentionnons que, très fréquemment, les créanciers sociaux, collectivement ou individuellement, attaquent les administrateurs et leur demandent réparation du préjudice à eux causé par des opérations qui ont compromis le patrimoine social ou par leurs manœuvres leur ont causé un tort personnel. Les recueils d'arrêts regorgent de ces espèces (v. par exemple, Cass. 6 Juil. 1905, J.S. 1906-306) « La responsabilité de l'administrateur d'une société anonyme *est engagée vis-à-vis des créanciers sociaux* lorsqu'il laisse effectuer des travaux dont il sait la société hors d'état de payer le prix et qu'il ne prend aucune mesure pour parer à cet état de chose. La faute ainsi commise par l'administrateur dans l'exercice de son mandat *donne naissance à une action sociale que le syndic peut intenter contre lui au nom de la société.* » Evidemment, le créancier peut expressément ou tacitement, renoncer à son action.

L'action civile en responsabilité contre les administrateurs compétant aux tiers (actionnaires, porteurs de parts, créanciers sociaux), sauf pour vices de constitution ou assimilés ou infractions aux règles de publicité dont nous avons précédemment parlé, s'éteint par l'effet de la prescription trentenaire, de droit commun, aucune autre disposition n'étant applicable (art. 2262 C.Civ.) (Cass. 4 Juin 1883, R.S. 84-313) — la prescription de l'art. 64 du C.Com. ne peut être invoquée, car elle ne concerne que les actions des créanciers sociaux contre les associés, ce qui n'est pas le cas —. Il n'y a déroga-

tion au principe, que si le fait répréhensible imputé aux administrateurs constitue une infraction pénale (art. 637 à 640 C.I.C.) car, dans cette hypothèse, en raison de la solidarité voulue, par le législateur, entre l'exercice des actions civile et publique, le droit d'agir ne durera que dix ans s'il s'agit d'un crime, cinq ans s'il s'agit d'un délit correctionnel et un an s'il s'agit d'une contravention de simple police.

CONCLUSION

Nous avons parcouru, plus rapidement, peut-être, qu'il n'eût convenu, les régimes divers de responsabilités des administrateurs des sociétés anonymes. Quelles réflexions suggèrent-ils ? Tout d'abord, la complexité, les complications de ces divers systèmes, leurs dissemblances voulues, car ils ne puissent pas uniquement les causes de leurs disparités dans la diversité des faits à sanctionner mais dans le défaut de suite de la pensée législative, présentent un aspect rebutant pour le lecteur, aride pour la compréhension exacte des textes et même quelque peu incohérent, si nous pouvons user de ce qualificatif. Comment concevoir que puissent exister des préceptes différents, suivant qu'ils régissent la responsabilité des administrateurs pour infractions aux formalités constitutives et assimilées ou celle résultant de l'inobservation des prescriptions relatives à la publicité ou enfin, celle encourue pour les autres contraventions à la loi, d'une manière très générale, ou aux statuts ? C'est un assemblage, une agrégation de formules sans liens entre elles. Il n'y a aucune idée directrice et dominante, aucune unité de doctrine, aucune continuité de dessein, entre ces diverses parties d'un même tout dont l'homogénéité devrait être la qualité maîtresse.

Une seconde remarque s'impose, c'est la tendance toujours plus accusée du législateur, à mesure que les années s'écoulent, à aggraver la situation des administrateurs. A la responsabilité sub-

jective, il semble qu'on tente de substituer lentement une responsabilité objective, fondée sur l'idée du risque, théorie pourtant en déclin, dans d'autres domaines : les présomptions légales de la loi du 16 Novembre 1940 en sont un frappant exemple, alors surtout que la preuve de l'exonération se révèle, en droit, presque impossible à rapporter. Cette regrettable évolution est due à l'esprit de système, issu des idées politiques ayant cours depuis les dix dernières années, en France. L'administrateur de société est, par trop considéré comme un parasite social par les pouvoirs publics et le commun des hommes. Qu'il y ait eu des abus regrettables, ce n'est que par trop certain, mais les généralisations hâtives et irréfléchies s'avèrent pleines de dangers. La prospérité économique d'un pays, à l'époque actuelle, est intimement liée à l'existence et au développement des sociétés par actions et notamment des sociétés anonymes. Pourquoi décourager, par des menaces de sanctions draconiennes pénales et civiles, des individualités puissantes qui consacrent toutes leurs forces à travailler la matière économique, pour le plus grand bien de la collectivité ? A l'inverse de l'opinion de certains, le maniement des affaires sociales n'est pas tâche aisée et il ne suffit pas, pour accomplir sa mission, de venir siéger, quelques heures par semaines, autour d'un tapis vert de conseil d'administration. Le public ne voit que les profits retirés de l'exercice des fonctions, mais non ses sujétions, ses servitudes. L'esprit démagogique et égalitaire est à la racine de tout le mal et tend à déconsidérer les bons ouvriers, sous l'unique prétexte qu'ils s'élèvent hors des catégories vulgaires.

En particulier, la loi du 16 Novembre 1940 a accentué le malaise. Elle s'explique comme un essai, *a priori*, élaboré par des esprits peut-être émi-

nents mais qui ont négligé toutes les contingences et dédaigné d'étudier les incidences d'une réforme fragmentaire qui ne peut s'insérer dans l'ensemble de la législation actuelle ; les discordances avec la loi de 1867 sont éclatantes et il faut n'avoir aucune notion de la législation des sociétés ni même des principes du droit, en général (ce fut certainement le cas des rédacteurs du nouveau texte) pour avoir élaboré, de sang-froid, une telle œuvre. Il est impossible de concevoir l'omnipotence du président du conseil d'administration sans diminution corrélative des attributions et partant des responsabilités de ses collègues. Que si l'on veut constituer le président, comme dirigeant suprême de la société anonyme, il faut modifier d'autres dispositions légales touchant les prérogatives du conseil et les pouvoirs des assemblées générales elles-mêmes. C'est une œuvre de longue haleine, de refonte, de modification et de réajustement de principes, qui exige du savoir, des études préliminaires et des travaux approfondis, non une improvisation de gens totalement ignorants de la question et de son importance vitale pour le pays.

Nous ne parlerons pas des lacunes, des négligences de style, des imprécisions d'expression, des inexactitudes de terminologie des textes récents ; depuis quarante ans au moins, les légistes y sont accoutumés si bien qu'un maître éminent a pu parler avec amertume non sans peut-être quelque exagération, nous nous permettons de le faire respectueusement observer, de la « décadence de la technique du droit français », comme si les fautes de législateurs improvisés pouvaient attenter à la majesté de la science du droit.

Les techniciens du droit — il en existe en France une brillante cohorte — auraient pu, comme hom-

mes de science et praticiens, faire ces remarques, avant tous les remaniements législatifs contemporains, si l'on avait daigné les consulter. Mais nul ne s'en est soucié ; le législateur travaille dans l'abs-trait, dans le silence du cabinet, dans l'éther, en quelque sorte, et ferme obstinément ses oreilles, avec un entêtement incompréhensible, aux aver-tissemments, même les plus sensés. Il doit trouver en lui, ou croit découvrir, par son seul effort intellec-tuel, même et surtout s'il est incompetent, toutes les normes à insérer dans les prescriptions qu'il édicte en oubliant (c'est pourtant une formule ba-nale) que le présent est fait du passé et contient en germe l'avenir. Il est vrai que notre dernière loi, pour ne prendre que cet exemple, est le fruit du la-beur de jeunes inspecteurs des finances. Cette con-sidération explique peut-être les imperfections des nouvelles dispositions et leur caractère artificiel qui, aux yeux des jurisconsultes, se révèlent de graves défauts, mais sont peut-être aux yeux des rédacteurs de la loi, un brevet d'originalité exceptionnelle. Le propre du grand corps de l'Inspection des Finances, c'est, comme on l'a fait remarquer, une certaine confiance en sa valeur personnelle, une constante satisfaction de soi-même et un considérable mépris des humanités négligeables qui n'ont pas réussi le concours. C'est, n'en doutons pas la rançon de ma-gnifiques qualités.

En notre matière, elles ne pouvaient s'épanouir faute de savoir juridique et d'expérience des affai-res : la mathématique ne supplée pas à tout.

Comme on l'a rappelé, quand Bonaparte, à qui l'on ne peut dénier le génie, voulut faire rédiger les codes, il ne s'adressa pas à des militaires ou à des mathématiciens, mais à des gens de robe (il

n'avait pas pour eux une prédilection marquée), dont le concours lui était indispensable. Pourquoi négliger cet exemple et ne pas l'imiter ? L'élaboration et la rédaction des lois ne pourraient qu'y gagner, à tous égards.

Vu : *Le Doyen*,
Ch. RIPERT.

Vu : *Le Président de Thèse*,
Al. AMIAUD.

Vu et permis d'imprimer :
Le Recteur de l'Académie de Paris,
Gilbert GIDEL.

BIBLIOGRAPHIE

- AMIAUD (André). — Traité théorique et pratique des comptes de réserves dans les sociétés par actions.
- A.N.S.A. — Commentaire de la loi du 18 Septembre 1940.
— Le statut des présidents et administrateurs de sociétés anonymes d'après la loi du 16 Novembre 1940.
- AUGER (Bernard). — La loi du 16 Novembre 1940 sur les sociétés anonymes. *Revue du Notariat*.
- BOSVIEUX (Henri). — La loi nouvelle du 16 Novembre 1940 sur l'administration et la direction des sociétés anonymes. *Journal des Notaires*.
- COPPER-ROYER. — Traité théorique et pratique des sociétés anonymes.
- CORDONNIER (P.). — Des nouveaux délais limitant l'exercice de l'action en responsabilité contre les administrateurs des sociétés anonymes. — *Journal des Sociétés*, 1939.
- DECUGIS (Henri). — La loi du 16 Novembre 1940 relative aux sociétés anonymes.
- ESMEIN (Paul). — Les pouvoirs et les responsabilités du président du conseil d'administration dans les sociétés anonymes. — *Tableau Juridique et Fiscal*, 1941.
- HÉMARD (J.). — Théorie et pratique des nullités de sociétés et des sociétés de fait.
- HOUPIN et BOSVIEUX. — Traité général théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales et des associations.
- ISSELE (L.). — Commentaire et guide formulaire pour la réalisation pratique des transformations imposées par la loi du 16 Novembre 1940 aux sociétés anonymes.
- LACOUR et JULLIOT DE LA MORANDIÈRE. — Précis de droit commercial.
- LYON-CAEN et RENAULT. — Traité de droit commercial, avec la collaboration de M. André AMIAUD.

MICHEL (Jean). — Après la promulgation de la loi du 18 Septembre 1940 sur l'administration des sociétés anonymes.

— La loi du 16 Novembre 1940. Gazette du Palais, 1940.

PLANIOL et RIPPERT. — Traité pratique de droit civil français.

— Traité élémentaire de droit civil français.

SOLUS. — La réforme du droit des sociétés par les décrets-lois de 1935 et 1937.

THALLER et PERCEROU. — Traité général théorique et pratique de droit commercial. Des faillites, banqueroutes et liquidations judiciaires, par J. PERCEROU.

THALLER et PIC. — Traité général théorique et pratique de droit commercial. Des sociétés commerciales, par Paul Pic.

WAHL (Albert). — Précis théorique et pratique de droit commercial.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	5
CHAPITRE PREMIER. — <i>Organisation de la gestion..</i>	13
— Le Conseil d'administration	13
— La présidence du conseil d'administration et la direction générale	17
— Les pouvoirs et attributions du conseil et du président-directeur général	24
— Les obligations légales des administrateurs.....	28
— Les comités, les délégués et les employés de la société	32
CHAPITRE II. — <i>Les causes de la responsabilité civile des administrateurs</i>	37
— Responsabilité des administrateurs consécutive aux nullités constitutives ou assimilées	59
— Responsabilité des administrateurs consécutive aux nullités pour vices de publicité.....	76
— Responsabilité des administrateurs pour autres violations de la loi	81
— Responsabilité des administrateurs pour violation des statuts	100
— Responsabilité des administrateurs pour fautes de gestion	103
— Responsabilité délictuelle et quasi-délictuelle des administrateurs	110
— Responsabilité des administrateurs pour les actes des directeurs, délégués et employés	115

CHAPITRE III. — <i>Les caractères et l'étendue de la responsabilité des administrateurs</i>	133
— Les caractères de la responsabilité des administrateurs	133
— L'étendue de la responsabilité des administrateurs	149
CHAPITRE IV. — <i>Exercice de l'action en responsabilité contre les administrateurs</i>	173
— Pour vices constitutifs et de publications.....	173
— Pour autres causes, du chef de la société.....	182
— Pour autres causes, par les tiers.....	192
CONCLUSION	199
BIBLIOGRAPHIE	205

